CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA
Abogado Universidad Pontificia Bolivariana
Profesor Área Derecho Penal
Universidad de Medellín

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TERCERA EDICIÓN

GRUPO EDITORIAL LEYER

"Delitos contra la Administración Pública"

Tercera Edición

ISBN 958-690-123-8

©Carlos Mario Molina Arrubla, 2000
© Editorial Leyer Ltda., 2000
Calle 20 No. 3-70 Tels. 2821903 - 2827930
Fax (091) 2822373 A.A. 31386
E-mail edileyer@latino.net.co

Impresión y encuadernación
Editorial Leyer Ltda.
Calle 20 No. 3-70
Tel. 2827913
Santa Fe de Bogotá

Hecho el depósito que ordena la ley.

Las características internas y externas de este libro, su denominación comercial, marcas y propiedad intelectual se encuentran debidamente registradas, siendo de utilización exclusiva de Editorial Leyer Ltda. Queda prohibida la reproducción total o fragmentaria de su contenido, así como la utilización de alguna de dichas características que puedan crear confusión en el mercado.

EDITORIAL LEYER

PLANTA Y OFICINAS PRINCIPALES
Calle 20 No. 3-70 Tels. 2827913 - 2827930 - 2821903 FAX (091) 282 23 73
Apartado Aéreo 31386 E-mail edileyer@latino.net.co
Santa Fe de Bogotá - Colombia

LIBRERIAS Y SUCURSALES
Santa Fe de Bogotá: Cra. 7ª No. 12-15 Tel. 3429097 FAX (091) 2822373 A. A. 31386
Medellín: Av. La Playa con Sucre Calle 52 No. 47-28 Of. 804 Tels. 2517381-2517382
Pereira: Cra. 8 No. 18-37 Piso 1 Local 11 Centro Comercial El Paso Tel. 3344234
Neiva: Calle 9ª No. 3-50 Of. 227 Centro Comercial Megacentro Tel. 713134
Bucaramanga: Cra. 13 No. 35-21 Local 103 Edificio Las Villas Tel. 339749
Cartagena: Calle del Cuartel del Fijo No. 36-122 Tels. 6646632-6647089
Barranquilla: Cra. 44 No. 38-11 Piso 13 Of. 13-F Tel. 414176
Tunja: Cra. 10a. No. 21-15 Of. 904 Edicamol Tel. 402271
Cali: Cra. 5a. No. 12-16 Of. 809 Tel. 8802217

"Sean vuestras costumbres sin avaricia, contentos con lo que tenéis ahora; Porque Él dijo: No te desampararé, ni te dejaré; de manera que podemos decir confiadamente: El señor es mi ayudador, no temeré lo que me pueda hacer el hombre"

Hebreos 13: 5, 6

PRÓLOGO

Cuando presentábamos la primera edición de esta obra (Diké, 1995, Medellín), anunciábamos que lo que allí se situaba a disposición de la crítica especializada no eran más que nuestras notas de clase, confesión esa que, en gran medida, dimos en reiterar a nivel de la segunda edición (Leyer, 1998, Bogotá). Hoy, cuando sale a la luz pública esta tercera edición, hemos de decir que, ciertamente, esta obra cada vez se parece menos a nuestras originales notas de clase, lo que no obsta para que, no empece que al amparo de sus actuales contenidos es ella de común y reiterada utilización en los estrados judiciales, pueda ella seguir siendo empleada en los ámbitos académicos, aún en los de mera iniciación.

Adicionalmente, hemos de reconocer que, paralelamente, esta obra cada vez le pertenece menos al autor, y más al público especializado, como que ha sido precisamente a partir de algunas críticas, observaciones, recomendaciones y sugerencias de distinguidos magistrados, jueces, fiscales y abogados, profesores y estudiantes universitarios, que este esfuerzo académico alcanza su configuración actual.

A todos ellos, muchas gracias.

EL AUTOR

Medellín, Agosto 15 de 1999

ÍNDICE GENERAL

Prólogo 7

SECCIÓN PRIMERA
GENERALIDADES

SUBSECCIÓN PRIMERA
EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

1. El concepto de administración pública 11
1.1. El origen del "*nomen iuris*" de este título del Código Penal 13
1.2. El contenido del concepto "Administración Pública" 14
2. El sentido de la protección jurídico penal de la administración pública 17
2.1. Según el aspecto de la administración que fue lesionado 18
2.2. Según la calidad del agente de la infracción 19
2.3. Según la dirección del ataque contra la administración 20
2.3.1. El "intraneus" y el "extraneus" en los delitos contra la administración pública 20
2.3.2. Los particulares como sujetos activos de los delitos contra la administración pública 21

SUBSECCIÓN SEGUNDA
EL SUJETO ACTIVO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Funcionario de derecho: el servidor público 30
1.1. El concepto de función pública 30
1.2. El concepto de servidor público 31
1.2.1. Los funcionarios y empleados públicos 32
1.2.2. Los trabajadores oficiales 33
1.2.3. Los miembros de las corporaciones públicas 35
1.2.4. Los miembros de la fuerza pública 36
1.2.5. Los particulares que ejercen funciones públicas 37
1.2.6. Los funcionarios y trabajadores del Banco de la República 40
1.2.7. Integrantes de la comisión nacional ciudadana para la lucha contra la corrupción 42
1.2.8. Personas que administran bienes o fondos parafiscales 43

2. Funcionario de hecho 45
2.1. Concepto 45
2.2. Diferencias entre el funcionario de hecho y el usurpador 46

SECCIÓN SEGUNDA
DE LOS TIPOS PENALES EN PARTICULAR

SUBSECCIÓN PRIMERA
EL DELITO DE PECULADO

CAPÍTULO PRIMERO
GENERALIDADES

1. Concepto 51
2. Elementos genéricos de la estructura del peculado 53
2.1. Los sujetos 53
2.1.1. Sujeto activo 53
2.1.2. Sujeto pasivo 55
2.2. Los objetos 56
2.2.1. Objeto jurídico 56
2.2.2. Objeto material 57
2.2.2.1. Evolución legislativa 57
2.2.2.2. Clasificación de "los bienes" 58
2.2.2.2.1. Bienes del Estado 58
2.2.2.2.2. Bienes parcialmente del Estado 59
2.2.2.2.2.1. Cuáles son las empresas o instituciones respecto de las cuales puede llegar a afirmarse que el Estado tiene parte? 59
2.2.2.2.2.2. Cuál la magnitud o índice de proporción, de la cual debe ser titular el Estado para que se considere que el mismo tiene parte en la respectiva entidad, de cara a la estructuración de un peculado? 60
2.2.2.2.3. Bienes de particulares 62
2.2.2.2.4. Bienes o fondos parafiscales 63
2.2.2.3. Caracterización 64
2.2.2.3.1. Que se trate de bienes corporales y muebles 65
2.2.2.3.2. Deben haberle sido entregados al funcionario, para su administración o custodia 65
2.2.2.3.3. Tales bienes han debido serle confiados al servidor público, por razón de sus funciones 71
2.2.2.3.4. Basta, en principio, con que el agente delictual tenga la disponibilidad jurídica sobre los bienes 76
2.3. La conducta 78
3. El perjuicio en el peculado 79

CAPÍTULO SEGUNDO
PECULADO POR APROPIACIÓN

0. Evolución legislativa 81
1. Elementos genéricos del tipo 83
1.1. Los sujetos 83
1.2. Los objetos 84
1.2.1. Jurídico 84
1.2.2. Material 85
1.3. La conducta 85
1.3.1. El verbo rector: apropiarse 86
1.3.2. El elemento subjetivo del tipo: el provecho 89
1.3.2.1. Quién puede ser el destinatario o beneficiario del provecho? 89
1.3.2.2. En qué debe consistir el provecho? 91
2. Dispositivos amplificadores del tipo 91
2.1. Concurso de tipos penales 91
2.1.1. Concurso aparente de tipos penales: el abuso de confianza 92
2.1.1.1. Desde el punto de vista del sujeto activo 92
2.1.1.2. Desde el punto de vista del objeto 92
2.1.1.3. Desde el punto de vista de los bienes 92
2.1.2. Concurso efectivo de tipos penales 93
2.1.2.1. El concurso efectivo de tipos penales con las infracciones al Estatuto Nacional de Estupefacientes 94
2.1.2.2. El concurso efectivo de tipos penales con la falsedad documental 95
2.2. Concurso de personas en la materialización del delito 97
2.3. Formas imperfectas 98
3. Punibilidad 99
3.1. Consideraciones preliminares 99
3.2. Penas imponibles 102
3.2.1. En cuanto a la pena privativa de la libertad 102
3.2.2. En cuanto a la pena pecuniaria 104
3.2,3. En cuanto a la interdicción de derechos y funciones públicas 106

CAPÍTULO TERCERO
PECULADO POR USO

1. Elementos genéricos del tipo 108
1.1. Los sujetos 108
1.2. Los objetos 109
1.2.1. Jurídico 109
1.2.2. Material 109
1.2.2.1. Los bienes real y funcionalmente del Estado 109
1.2.2.2. El trabajo o servicio oficial 111
1.2.2.2.1. Las nociones de trabajo y servicio oficiales 111

1.2.2.2.2. Relación especial entre el agente y ese trabajo o servicio oficial 112
1.2.2.2.3. Qué es lo que se sanciona en relación con la utilización indebida de trabajo y servicio público 113
1.3. La conducta 114
2. Elementos específicos del tipo 116
2.1. Subjetivos 116
2.2. Normativos 117
2.2.1. Naturaleza del uso indebido 117
2.2.2. La nobleza del motivo no elimina el uso indebido 118
2.2.3. Consideraciones particulares 118
3. Dispositivos amplificadores del tipo 119
3.1. Formas imperfectas 119
3.2. Concurso de tipos penales 121
3.2.1. Concurso aparente 121
3.2.1.1. Con el peculado por apropiación 122
3.2.1.2. Con el peculado culposo 122
3.2.2. Concurso efectivo 122
4. Punibilidad 124

CAPÍTULO CUARTO

PECULADO POR ERROR AJENO

1. Antecedentes legislativos 125
2. Análisis de la estructura 127
2.1. Elementos genéricos del tipo 127
2.1.1. Los sujetos 127
2.1.2. Los objetos 128
2.1.2.1. Jurídico 128
2.1.2.2. Material 129
2.1.2.2.1. Puede recaer sobre bienes en los que tenga disponibilidad jurídica el agente? 129
2.1.2.2.2. Es factible el peculado por error ajeno, sobre bienes del Estado? 129
2.1.3. La conducta 130
2.1.3.1. Verbos rectores 130
2.1.3.1.1. Apropiar 130
2.1.3.1.2. Retener 130
2.1.3.1.3. Usar indebidamente 131
2.1.3.2. Evaluación de los verbos rectores y su punición 131
2.2. Elementos específicos del tipo 132
2.2.1. Subjetivos 132
2.2.2. Normativos 133
2.2.2.1. Provecho suyo o de un tercero 133
2.2.2.2. Recibir 134

2.2.2.3. El error ajeno 135
2.2.2.3.1. El error puede provenir tanto de un particular, como de otro servidor público 135
2.2.2.3.2. Debe haber sido completamente ajeno a la actividad del servidor que recibe 135
2.2.2.3.3. Debe consistir en dar o entregar lo que no se debe 136
2.2.2.3.3.1. Los aspectos objetivos sobre los que puede recaer el error 136
2.2.2.3.3.2. Los aspectos subjetivos sobre los que puede recaer el error 136
2.2.2.3.4. El error debe haber sido la causa de la entrega 137
2.2.2.3.5. El error debe ser ajeno 138
3. Dispositivos amplificadores del tipo 138
3.1. Formas imperfectas? 138
3.2. Concurso aparente de tipos 139
3.2.1. Con el peculado por apropiación 139
3.2.2. Con la concusión 139
3.2.3. Con la defraudación 140
3.2.4. Con la estafa 141
4. Punibilidad 141

CAPÍTULO QUINTO

PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE

1. Denominación y contenido 142
2. Análisis de la estructura 144
2.1. Elementos genéricos del tipo 144
2.1.1. Los sujetos 144
2.1.2. Los objetos 144
2.1.2.1. Objeto jurídico 144
2.1.2.2. Objeto material 145
2.1.2.2.1. Los bienes de particulares 145
2.1.2.2.1.1. Antecedentes legislativos 145
2.1.2.2.1.2. La situación en el Código Penal vigente 146
2.1.2.2.2. Los bienes de las sociedades de economía mixta 146
2.1.3. La conducta 147
2.1.3.1. La aplicación oficial diferente 148
2.1.3.1.1. Significado 148
2.1.3.1.2. La aplicación debida de los bienes públicos 148
2.1.3.1.2.1. La aplicación debida de los bienes 148
2.1.3.1.2.1.1. Dónde se fundamenta, jurídicamente, la aplicación debida de los bienes que realmente son de la administración? 148
2.1.3.1.2.1.2. Dónde se fundamenta, jurídicamente, la aplicación debida de el dinero que es de propiedad real de la administración? 149
2.1.3.1.2.1.2.1. Qué gastos públicos se pueden hacer? 150

2.1.3.1.2.1.2.2. Qué prohibiciones existen en materia de gasto público? 150
2.1.3.1.2.1.2.3. Unificación de la técnica presupuestaria 151
2.1.3.1.3. La aplicación oficial diferente: características 151
2.1.3.1.3.1. La aplicación diferente, debe ser oficial 151
2.1.3.1.3.2. La aplicación oficial, debe ser diferente a la pre-establecida 151
2.1.3.1 3.3. No es necesario que la administración sufra daño 152
2.1.3.1.3.4. No interesa la nobleza o bondad de los motivos determinantes del cambio de aplicación 153
2.1.3.1.3.5. La aplicación oficial diferente, puede ser por supresión o por restricción 153
2.1.3.2. Comprometimiento, inversión o utilización de sumas superiores a las fijadas en el presupuesto 154
2.1.3.2.1. Crítica 154
2.1.3.2.2. Contenido normativo: hipótesis comportamentales 154
2.1.3.2.2.1. Comprometer sumas superiores 155
2.1.3.2.2.1.1. Significado 155
2.1.3.2.2.1.2. Caracterización 155
2.1.3.2.2.2. Invertir o utilizar de manera no prevista 156
2.1.3.2.2.2.1. Contenido 156
2.1.3.2.2.2.2. Crítica a su consideración independiente 156
2.1.3.2.2.2.3. Qué es lo que se sanciona? 157
2.2. Elementos específicos del tipo 157
3. Dispositivos amplificadores del tipo 158
4. Evaluación de la conducta acriminada: Despenalización 159

CAPÍTULO SEXTO
PECULADO CULPOSO

1. La culpa penal 161
2. Análisis de la estructura del tipo 162
2.1. Sujetos 162
2.2. Objetos 162
2.2.1. Jurídico 162
2.2.2. Material 167
2.3. La conducta 167
2.3.1. El antecedente inmediato: el actuar culposo del agente 168
2.3.2. El resultado final: la pérdida, extravío o daño de los bienes 171
2.3.3. El nexo causal entre culpa y resultado 173
3. Dispositivos amplificadores del tipo 174
4. El alcance del peculado culposo del artículo 137 del C.P. 176

CAPÍTULO SÉPTIMO
PECULADO POR EXTENSIÓN

1. Antecedentes legislativos 179

1.1. El Código Penal colombiano de 1936 179
1.2. El texto original del Código Penal de 1980 181
2. Análisis de la estructura 183
2.1. Caracterización 183
2.2. Elementos genéricos del tipo 183
2.2.1. Los sujetos 183
2.2.1.1. Sujeto activo 183
2.2.1.2. Sujeto pasivo 184
2.2.2. Los objetos 185
2.2.2.1. Objeto jurídico 185
2.2.2.2. Objeto material 188
2.2.2.2.1. Bienes de empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte 188
2.2.2.2.2. Bienes de empresas o instituciones, recibidos del Estado, a cualquier título 189
2.2.2.2.3. Bienes pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales 190
2.2.3. La conducta 193
3. Evaluación general del tipo 194

CAPÍTULO OCTAVO

EL INSTITUTO DEL REINTEGRO

1. Clases de reintegro 198
1.1. Según la entidad de lo reintegrado 198
1.2. Según el momento procesal en que se verifica la restitución 199
2. Significado y alcances del reintegro 201

CAPÍTULO NOVENO

DESTINACIÓN INDEBIDA DE RECURSO

1. Antecedentes legislativos 203
2. Análisis de la estructura 205
2.1. Los sujetos 205
2.1.1. Sujeto activo 205
2.1.2. Sujeto pasivo 206
2.2. Objetos 206
2.2.1. Objeto jurídico 206
2.2.2. Objeto material 207
2.3. La conducta 208
3. Evaluación general del tipo penal 208

SUBSECCIÓN SEGUNDA
CONCUSIÓN

1. Generalidades 211
1.1. Orígenes históricos 211
1.2. Sentido etimológico 213
2. Clasificación 217
2.1. Concusión propia y concusión impropia 218
2.2. Concusión explícita y concusión implícita 219
3. Antecedentes legislativos 224
3.1. El Código Penal de 1890 224
3.2. El Código Penal de 1936 224
3.3. El Código Penal de 1980 226
3.3.1. Elementos de la estructura 227
3.3.2. Caracterización del tipo penal 228
4. Análisis de la estructura 230
4.1. Elementos genéricos del tipo 230
4.1.1. Los sujetos 230
4.1.1.1. Sujeto activo 230
4.1.1.1.1. Caracterización del sujeto activo de la concusión 231
4.1.1.1.1.1. La calidad de servidor público, debe ser real, verdadera 231
4.1.1.1.1.2. Esa calidad de servidor público, debe ser actual 232
4.1.1.1.1.3. El sujeto activo debe abusar de su cargo o de su función 233
4.1.1.1.2. Consecuencias de la caracterización precedente 235
4.1.1.1.2.1. Puede cometer el delito, un servidor incompetente 235
4.1.1.1.2.2. No es necesario que al cometer el hecho el agente se encuentre en ejercicio de sus funciones 235
4.1.1.1.2.3. Puede cometer el delito el servidor público que se encuentre fuera de su ámbito territorial de competencia 236
4.1.1.1.3. El tercero beneficiado con la concusión 237
4.1.1.1.3.1. Quién puede ser el tercero 237
4.1.1.1.3.2. La posición jurídica del tercero 238
4.1.1.1.3.2.1. El tercero absoluto 238
4.1.1.1.3.2.2. El tercero relativo 238
4.1.1.1.3.2.2.1. El caso de los "*intraneus*" obrando como terceros 239
4.1.1.1.3.2.2.2. El caso de los "*extraneus*" obrando como terceros 241
4.1.1.1.3.3. La posición jurídica del tercero, en la doctrina 242
4.1.1.2. Sujeto pasivo 243
4.1.1.2.1. Contenido general 243
4.1.1.2.2. Sujeto pasivo inmediato y sujeto pasivo mediato 244
4.1.2. Los objetos 245
4.1.2.1. Objeto jurídico 245

4.1.2.2. Objeto material 245
4.1.3. La conducta 246
4.1.3.1. Precisión 246
4.1.3.1.1. La conducta inmediata de la concusión 247
4.1.3.1.1.1. Constreñir 247
4.1.3.1.1.1.1. Significado 247
4.1.3.1.1.1.2. Contenido 247
4.1.3.1.1.1.3. Modalidades 248
4.1.3.1.1.1.4. Caracterización del constreñimiento 249
4.1.3.1.1.2. Inducir 251
4.1.3.1.1.2.1. Significado 251
4.1.3.1.1.2.2. Contenido 253
4.1.3.1.1.2.3. Caracterización 253
4.1.3.1.1.3. Solicitar 254
4.1.3.1.1.3.1. Significado 254
4.1.3.1.1.3.2. Crítica a su acriminación 255
4.1.3.1.1.3.2.1. A nivel del tipo 255
4.1.3.1.1.3.2.2. A nivel de la sanción 256
4.1.3.1.2. La conducta mediata de la concusión 256
4.1.3.1.2.1. Dar 257
4.1.3.1.2.2. Prometer dar 257
4.1.3.1.2.2.1. La promesa debe ser seria 257
4.1.3.1.2.2.2. Es indiferente el modo o la forma como se haya hecho la promesa 257
4.1.3.1.2.2.3. Es indiferente que la promesa constituya por sí misma un negocio ilícito 258
4.1.3.1.2.2.4. No es necesario que la promesa se cumpla 258
4.2. Elementos específicos del tipo 258
4.2.1. Significado de los vocablos 259
4.2.1.1. Dinero 259
4.2.1.2. Cualquier otra utilidad 259
4.2.2. Caracterización 260
4.2.2.1. No importa su calidad o cantidad 260
4.2.2.2. Pueden ser para sí o para otro 260
4.2.2.3. Debe tratarse de dádivas o utilidades indebidas 260
5. Dispositivos amplificadores del tipo 262
5.1. Formas imperfectas 262
5.2. Concurso aparente de tipos penales 263
5.2.1. Peculado por aprovechamiento de error ajeno 264
5.2.2. Extorsión 264
5.2.3. Estafa 264
5.2.4. Cohecho 264

5.2.5. Abuso de autoridad 267
5.2.6. Constreñimiento ilegal 268
5.2.7. Ejercicio arbitrario de las propias razones 268

SUBSECCIÓN TERCERA
COHECHO

CAPÍTULO PRIMERO
GENERALIDADES

1. Significado del término 271
2. Caracterización: es un delito plurisubjetivo 272
2.1. Noción de delito plurisubjetivo 272
2.2. Importancia jurídico-penal de la pluralidad de personas 273
2.2.1. En el concurso eventual de personas en el delito 273
2.2.2. Como una circunstancia específica de agravación punitiva 273
2.2.3. Como un elemento constitutivo de ciertos delitos 273
3. Clases de cohecho 274
3.1. Clasificación doctrinal 274
3.1.1. Según la conducta observada por el servidor público: cohecho activo y pasivo 274
3.1.2. Según el momento en que se verifica el acto indebido por parte del funcionario: corrupción antecedente y corrupción subsecuente 275
3.2. Clasificación legal 276
3.2.1. Sistemas de consagración 276
3.2.2. La regulación normativa en Colombia 276

CAPÍTULO SEGUNDO
COHECHO PROPIO

1. Elementos genéricos del tipo 278
1.1. Los sujetos 278
1.1.1. Sujeto activo 278
1.1.2. Sujeto pasivo 278
1.2. Los objetos 279
1.2.1. Objeto jurídico 279
1.2.2. Objeto material 280
1.2.2.1. Precisión preliminar 280
1.2.2.2. El objeto material en el cohecho propio 281
1.2.2.2.1. El objeto material inmediato: el acto indebido 281
1.2.2.2.1.1. Caracterización del objeto material inmediato 281
1.2.2.2.1.1.1. Comporta un elemento subjetivo del tipo 281
1.2.2.2.1.1.2. El acto indebido debe ser futuro 282
1.2.2.2.1.1.3. Debe existir relación de retribución entre el precio y la conducta oficial indebida 282

1.2.2.2.1.1.4. Es necesario que al momento de la dación o de la promesa, el agente delictual detente la calidad de servidor público 283
1.2.2.2.1.1.5. El agente de la infracción debe ser competente 284
1.2.2.2.1.1.6. La ilegitimidad del acto, debe juzgarse al momento de la dación o de la aceptación 284
1.2.2.2.1.2. Variantes 284
1.2.2.2.1.2.1. La omisión y el retardo pactados 284
1.2.2.2.1.2.1.1. Sentido 284
1.2.2.2.1.2.1.2. Significado 285
1.2.2.2.1.2.1.3. Caracterización: debe tratarse de un acto, propio del cargo 285
1.2.2.2.1.2.2. El pacto para ejecutar acto contrario a los deberes oficiales 286
1.2.2.2.2. El objeto material mediato: el precio o promesa 287
1.2.2.2.2.1. Significado 287
1.2.2.2.2.2. Caracterización del precio y la promesa 288
1.2.2.2.2.2.1. Pueden ser para sí o para un tercero 288
1.2.2.2.2.2.2. No es necesario que se cumpla el pago o la promesa, ni tampoco el acto indebido 289
1.2.2.2.2.2.3. La dádiva o la promesa, deben ser indebidas 289
1.2.2.2.2.2.4. Es indiferente el monto y la calidad de lo que se da o promete, a condición de que sea de alguna entidad 290
1.2.2.2.2.2.5. Las dádivas pueden ofrecerse o entregarse directamente, o por interpuesta persona 291
1.2.2.2.2.2.6. Las dádivas pueden recibirse o aceptarse directamente, o por interpuesta persona 292
1.2.2.2.2.2.7. Es indiferente cuando se reciba lo prometido, a condición de que se haga por razón del cargo o por acuerdo previo 292
1.2.2.2.2.2.8. La promesa debe estar precisamente determinada 292
1.2.2.2.2.2.9. La dádiva y la promesa deben comportar una retribución 293
1.3. La conducta 293
2. Elementos específicos del tipo 294
3. Dispositivos amplificadores del tipo 294
3.1. Formas imperfectas: admite tentativa? 294
3.2. Concurso de personas 294
3.2.1. Con los sujetos activos de la infracción 294
3.2.2. Los terceros beneficiarios 295
4. Punibilidad 295

CAPÍTULO TERCERO
COHECHO IMPROPIO

1. Generalidades 296
2. Análisis de la estructura 297
2.1. Sujetos 297
2.2. Objetos 297

2.2.1. Jurídico 297
2.2.2. Material 297
2.2.2.1. Inmediato: el acto a ejecutar 297
2.2.2.2. Mediato: la remuneración 298
2.3. La conducta 298
3. Dispositivos amplificadores: posibilidad de tentativa 299

CAPÍTULO CUARTO
COHECHO APARENTE

1. Generalidades 300
2. Caracterización 302
3. Punibilidad 303

CAPÍTULO QUINTO
COHECHO POR DAR U OFRECER

1. Generalidades 304
2. Naturaleza jurídica de esta disposición 304
3. Análisis de la estructura 306
3.1. Sujetos 306
3.2. Objetos 306
3.3. La conducta: dar u ofrecer 307
4. Dispositivos amplificadores: tentativa 307
5. Punibilidad 308

SUBSECCIÓN CUARTA
CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

0. Introducción 313
1. Antecedentes legislativos 313
2. La contratación administrativa 315
2.1. Razón de ser de la contratación administrativa 315
2.2. El procedimiento de la contratación administrativa 316
2.2.1. Etapa de preparación 316
2.2.1.1. Registro de proponentes 316
2.2.1.2. Pliego de condiciones 317
2.2.1.3. Licitación o concurso 318
2.2.2. Etapa de celebración 318
2.2.3. Etapa de ejecución 319
2.2.4. Etapa de liquidación 319
2.3. Capacidad para contratar 320
2.3.1. Las limitaciones a la capacidad contractual 320
2.3.1.1. Inhabilidades 320
2.3.1.2. Incompatibilidades 322

2.3.2. Reglamentación de las inhabilidades e incompatibilidades 323
2.3.2.1. En relación con los congresistas 323
2.3.2.2. En relación con los servidores públicos 323
3. Reglamentación legal de la celebración indebida de contratos 324
3.1. Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades 324
3.1.1. Elementos genéricos del tipo 325
3.1.1.1. Sujetos 325
3.1.1.2. Objetos 326
3.1.1.3. Conducta 326
3.1.1.3.1. Intervenir 326
3.1.1.3.2. Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades 327
3.1.2. Elementos específicos del tipo 329
3.2. Interés ilícito en la celebración de contratos 330
3.3. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales 334

SUBSECCIÓN QUINTA
TRÁFICO DE INFLUENCIAS

0. Antecedentes 339
0.1. Doctrinales 340
0.2. Legislativos 341
1. Análisis de la estructura 341
1.1. Elementos genéricos del tipo 342
1.1.1. Sujetos 342
1.1.1.1. Sujeto activo 342
1.1.1.2. Sujeto pasivo 346
1.1.2. Objetos 347
1.1.2.1. Objeto jurídico 347
1.1.2.2. Objeto material 349
1.1.3. La conducta 350
1.1.3.1. Invocar influencias 352
1.1.3.1.1. Pueden ser reales o simuladas 352
1.1.3.1.2. El pacto entre víctima y victimario, ha de realizarse a espaldas del servidor público 354
1.1.3.1.3. Esa invocación de influencias, es lo que determina al interesado a dar o prometer la dádiva 354
1.1.3.2. Recibir, hacer dar o prometer 355
1.1.3.2.1. Naturaleza jurídica de los verbos direccionales 355
1.1.3.2.2. Significado de los verbos direccionales 357
1.1.3.2.3. Caracterización genérica de los verbos direccionales 358
1.1.3.2.3.1. Puede consistir en dinero o dádiva 358
1.1.3.2.3.2. Puede ser para sí o para un tercero 358
1.1.3.2.3.3. El comprador, a su vez, puede pagar directamente o a través de un tercero 359

1.2. Elementos específicos del tipo 360
1.2.1. Elementos subjetivos 360
1.2.2. Descriptivos 360
1.2.3. Normativos 361
1.2.3.1. La finalidad de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público 361
1.2.3.1.1. No es necesario que se obtenga efectiva y finalmente el beneficio 362
1.2.3.1.2. El beneficio que se pretende obtener, puede ser presente o futuro 363
1.2.3.2. Debe tratarse de un asunto del que esté conociendo o haya de conocer el servidor 363
2. Evaluación general de la figura 363

SUBSECCIÓN SEXTA
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

0. Fundamento constitucional 365
1. Imagen rectora 367
1.1. Sujeto activo calificado: servidor público 367
1.2. El nexo causal entre el ejercicio del cargo público y la obtención del incremento patrimonial 368
1.3. El incremento patrimonial debe ser injustificado 369
1.4. Inexistencia de otro delito 371
2. La situación del tercero 375
3. Variantes punitivas 377
3.1. El sujeto activo que obtiene el incremento patrimonial injustificado, que no ostenta la calidad de servidor público 378
3.1.1. El enriquecimiento ilícito de particulares 378
3.1.1.1. Diferenciación con el enriquecimiento ilícito de servidores públicos 378
3.1.1.1.1. Desde el punto de vista del sujeto activo 378
3.1.1.1.2. Desde el punto de vista del fundamento del incremento patrimonial injustificado 379
3.1.1.1.3. Desde el punto de vista de la admisibilidad de otro delito 382
3.1.1.1.4. Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica del respectivo tipo penal 382
3.1.1.1.5. Desde el punto de vista de la sanción 382
3.1.1.2. Elementos estructurales 383
3.1.2. El enriquecimiento ilícito derivado del secuestro 388
3.2. La situación del testaferro 389

SUBSECCIÓN SÉPTIMA
PREVARICATO

CAPÍTULO PRIMERO
PREVARICATO POR ACCIÓN

1. Los sujetos 396

1.1. Sujeto activo 396
1.2. Sujeto pasivo 398
2. Los objetos 400
2.1. Objeto jurídico 400
2.2. Objeto material 402
2.2.1. El acto proferido por el funcionario debe observar la forma de una resolución o de un dictamen 402
2.2.1.1. Significado de las expresiones resolución y dictamen 402
2.2.1.1.1. La resolución 403
2.2.1.1.2. El dictamen 411
2.2.1.1.2.1. El aspecto subjetivo 412
2.2.1.1.2.2. El aspecto objetivo 413
2.2.1.2. Caracterización externa de la resolución y el dictamen 416
2.2.1.2.1. La forma del acto manifiestamente contrario a la ley 417
2.2.1.2.2. El nivel de ejecutoria del acto proferido 419
2.2.2. El acto proferido por el funcionario debe ser manifiestamente contrario a la ley 421
2.2.2.1. Qué se entiende por ley? 421
2.2.2.2. Qué se entiende por manifiestamente contrario a la ley 423
2.2.2.2.1. Evolución legislativa 423
2.2.2.2.2. Naturaleza jurídica del elemento manifiestamente contrario a la ley 426
2.2.2.2.2.1. El empleo de la locución dentro del texto legal 426
2.2.2.2.2.2. Caracterización como elemento del tipo 428
2.2.2.2.3. Contenido y significado de la expresión manifiestamente contrario a la ley 429
3. La conducta 448
4. Concurso de tipos 449

CAPÍTULO SEGUNDO

PREVARICATO POR OMISIÓN

1. Razón de acriminación 455
2. Fundamento constitucional para la acriminación del prevaricato por omisión 457
3. Imagen rectora 457
3.1. Sujeto activo calificado: servidor público 458
3.2. Conducta objetiva: núcleo del tipo alternativo 458
3.2.1. Significado 458
3.2.2. Caracterización 460
3.3. Que la materialización del verbo rector aluda a un acto 463
3.4. Que el acto sea propio de las funciones del servidor 465
3.5. Actuar doloso 466
4. Dispositivos amplificadores del tipo 471
4.1. Admite tentativa? 471
4.2. Concurso de tipos penales 471

CAPÍTULO TERCERO
PREVARICATO POR ASESORAMIENTO ILEGAL

1. Razón de acriminación 475
2. Imagen rectora 477

SUBSECCIÓN OCTAVA
ABUSOS DE AUTORIDAD Y OTRAS INFRACCIONES

CAPÍTULO PRIMERO
GENERALIDADES

1. Contenido general 481
1.2. Abusos de autoridad no comprendidos en este capítulo 482
2. Naturaleza jurídica de este capítulo 483
3. Fundamentos del capítulo VIII del Título III del Código Penal 484
3.1. Fundamento filosófico 484
3.2. Fundamento jurídico 485

CAPÍTULO SEGUNDO
ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO O INJUSTO

0. Reglamentación positiva e imagen rectora 487
1. Antecedentes legislativos 487
2. Naturaleza jurídica de la disposición en examen 489
2.1. Concurso de tipos penales 490
2.2. El concurso de personas 492
3. Análisis de los elementos genéricos del tipo 493
3.1. Los sujetos 493
3.1.1. Sujeto activo 493
3.1.2. Sujeto pasivo 494
3.2. Los objetos 494
3.2.1. Objeto jurídico 494
3.2.2. Objeto material 494
3.3. La conducta 494
3.3.1. La comisión de un acto arbitrario e injusto 495
3.3.1.1. El verbo rector: cometer 495
3.3.1.2. El objeto material inmediato: el acto 497
3.3.1.3. La cualificación del acto: arbitrario e injusto 498
3.3.1.3.1. Qué se entiende por arbitrario e injusto? 498
3.3.1.3.2. Puede ser justo lo arbitrario? 500
3.3.1.3.3. Manifestaciones del acto arbitrario y/o injusto 501
3.3.2. El elemento normativo del tipo: el acto debe ser cometido con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas 504
3.3.3. La exclusión de concurso de tipos: que el hecho no constituya otro delito 505

4. Dispositivos amplificadores del tipo 505
4.1. Tentativa 505
4.2. Concurso de tipos penales 506
5. Consideraciones punitivas 507

CAPÍTULO TERCERO
OMISIÓN DE DENUNCIA

0. Antecedentes legislativos 509
1. Razón de acriminación 511
2. Análisis de la estructura 513
2.1. Los sujetos 513
2.1.1. Sujeto activo 513
2.1.2. Sujeto pasivo 514
2.2. Los objetos 514
2.2.1. Objeto jurídico 514
2.2.2. Objeto material 515
2.3. La conducta 515
2.3.1. El conocimiento de la comisión de un delito 515
2.3.1.1. El conocimiento que exige la norma 515
2.3.1.1.1. Contenido 515
2.3.1.1.2. La obtención de ese conocimiento 516
2.3.1.1.3. El grado o nivel del conocimiento 518
2.3.1.2. Lo que se conoce: la comisión de un delito 520
2.3.2. Que ese delito conocido por el servidor, sea de aquellos de investigación oficiosa 520
2.3.3. Que no se dé cuenta a la autoridad de tal delito 522
3. Consideraciones punitivas 523

CAPÍTULO CUARTO
REVELACIÓN DE SECRETOS

0. Generalidades 524
0.1. Antecedentes legislativos 524
0.2. El secreto 525
0.2.1. Qué se entiende por secreto 525
0.2.1.1. Origen del secreto 526
0.2.1.2. La obligación estatal de proteger el secreto 526
0.2.2. Contenido y límites de la protección estatal del secreto 528
1. Análisis de la estructura 530
1.1. Los sujetos 530
1.1.1. Sujeto activo 530
1.1.1.1. El caso del ex-servidor público 530
1.1.1.2. El caso del destinatario de la información 532

1.1.2. Sujeto pasivo 533
1.2. Los objetos 533
1.2.1. Objeto jurídico 533
1.2.2. Objeto material 534
1.2.2.1. El documento 535
1.2.2.1.1. Contenido y significado 535
1.2.2.1.2. Requisitos 535
1.2.2.1.3. Clasificación 536
1.2.2.1.4. El documento reservado a que se refiere el art. 154 C.P. 537
1.2.2.2. La noticia 538
1.3. La conducta 539
1.3.1. El verbo rector: dar a conocer 540
1.3.1.1. La forma comportamental exigida 541
1.3.1.2. La necesidad de materialización de un perjuicio 542
1.3.1.3. La vía de obtención de la información reservada 544
1.3.2. Los elementos descriptivos modales del tipo 546
1.3.2.1. Lo indebido en la revelación 546
1.3.2.2. El deber de reserva 547
2. Dispositivos amplificadores del tipo 549
2.1. Formas imperfectas 549
2.2. Concurso de tipos penales 551
3. Evaluación general del tipo 551

CAPÍTULO QUINTO

UTILIZACIÓN DE ASUNTO SOMETIDO A RESERVA

0. Antecedentes legislativos 553
1. Análisis de los elementos genéricos del tipo 555
1.1. Los sujetos 555
1.2. Los objetos 555
1.2.1. Objeto jurídico 556
1.2.2. Objeto material 556
1.2.2.1. El significado de los vocablos utilizados para describir el objeto material 557
1.2.2.1.1. La descripción del objeto material en el Código Penal de 1936 557
1.2.2.1.2. La descripción del objeto material en el Código Penal de 1980 557
1.2.2.2. La redacción conveniente para la descripción del objeto material de la infracción 558
1.3. La conducta 561
1.3.1. El verbo rector: utilizar. 561
1.3.2. Los presupuestos normativos de la conducta ejecutiva 562
1.3.2.1. La obtención de un provecho propio o ajeno 562
1.3.2.2. Obtención de la información por razón de sus funciones 564

1.3.2.3. El deber de secreto o reserva 565
1.3.2.4. Naturaleza subsidiaria del tipo penal 566
2. Evaluación general de la figura 566
3. Una adición inútil: el artículo 148-A del Código Penal 567
3.1. Análisis de la estructura 568
3.2. Caracterización 568
3.3. Evaluación crítica 569
3.3.1. El carácter novedoso de la figura en comento 569
3.3.2. La defectuosa implementación normativa de la figura 570
3.4. Conclusión 573

CAPÍTULO SEXTO
ABANDONO DEL CARGO

1. Análisis de la estructura 575
1.1. Los sujetos 575
1.1.1. Sujeto activo 575
1.1.2. Sujeto pasivo 577
1.2. Los objetos 578
1.3. La conducta ejecutiva 578
1.3.1. Abandono del cargo 578
1.3.1.1. La locución abandono 579
1.3.1.1.1. Qué se entiende por abandono? 579
1.3.1.1.2. Particularidades del abandono 582
1.3.1.2. El cargo 585
1.3.2. Sin justa causa 587
2. Dispositivos amplificadores del tipo 589
2.1. Tentativa 589
2.2. Concurso de tipos penales 590
3. Punibilidad 591

CAPÍTULO SÉPTIMO
ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES

0. Antecedentes legislativos 593
1. Análisis de la estructura 594
1.1. Los sujetos 594
1.1.1. Sujeto activo 594
1.1.1.1. El defensor del pueblo 595
1.1.1.2. El ministerio público 596
1.1.1.3. Los abogados del INPEC 596
1.1.2. Sujeto pasivo 596
1.2. Los objetos 597
1.2.1. Objeto jurídico 597

1.2.2. Objeto material 597
1.3. La conducta 597
1.3.1. Los verbos rectores 598
1.3.2. El elemento descriptivo modal del tipo: el carácter ilegal de la asesoría dispensada 600
2. Circunstancias específicas de agravación punitiva 602
3. Dispositivos amplificadores del tipo 603
3.1. Formas imperfectas 603
3.2. Participación 603
3.3. Concurso de tipos penales 603
4. Evaluación general 604

CAPÍTULO OCTAVO
INTERVENCIÓN EN POLÍTICA

0. Antecedentes legislativos 605
1. Análisis de los elementos genéricos del tipo 608
1.1. Los sujetos 608
1.1.1. Sujeto activo 608
1.1.2. Sujeto pasivo 609
1.2. Los objetos 609
1.2.1. Objeto jurídico 609
1.2.2. Objeto material 610
1.2.2.1. Comités, juntas o directorios políticos 610
1.2.2.2. Debates o actividades políticas 611
1.3. La conducta 612
2. Formas imperfectas 612
3. Evaluación general 613

CAPÍTULO NOVENO
EMPLEO ILEGAL DE LA FUERZA PÚBLICA

0. Generalidades 617
0.1. Regulación normativa 617
0.2. Antecedentes legislativos 618
0.3. Estructura de la norma 619
1. Análisis de los elementos genéricos del tipo 620
1.1. Los sujetos 620
1.2. Los objetos 620
1.2.1. Objeto jurídico 620
1.2.2. Objeto material 621
1.3. La conducta 622
1.3.1. Las hipótesis comportamentales previstas en la norma 622
1.3.2. Los elementos subjetivos del tipo 624

1.3.2.1. Consumar acto arbitrario o injusto 625
1.3.2.2. Impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de la autoridad 626
2. Dispositivos amplificadores del tipo 627
2.1. Tentativa 627
2.2. Concurso de tipos penales 628
2.3. Participación 628
3. Evaluación general del tipo 629

CAPÍTULO DÉCIMO
OMISIÓN DE APOYO

0. Generalidades 630
0.1. Reglamentación normativa 630
0.2. Antecedentes legales 630
0.3. Caracterización del tipo 631
1. Análisis de los elementos genéricos del tipo 632
1.1. Los sujetos 632
1.1.1. Sujeto activo 632
1.1.2. Sujeto pasivo 634
1.2. Los objetos 634
1.2.1. Objeto jurídico 634
1.2.2. Objeto material 635
1.3. La conducta 635
1.3.1. El presupuesto de la norma: la existencia del deber legal de actuar 635
1.3.2. Los verbos rectores de la conducta ejecutiva: rehusar y demorar 637
1.3.3. La caracterización del apoyo solicitado y omitido 638
1.3.3.1. Autoridad competente 638
1.3.3.2. Las formas legales 639
2. Dispositivos amplificadores del tipo 640
2.1. Tentativa 640
2.2. Concurso de tipos 640

SUBSECCIÓN NOVENA
DE LA USURPACIÓN Y ABUSO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS

CAPÍTULO PRIMERO
GENERALIDADES

1. Razón de acriminación 643
2. Antecedentes 643
3. De los tipos penales en particular 645

CAPÍTULO SEGUNDO
USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS

1. Reglamentación legal 646

2. Análisis de la estructura 646
2.1. Los sujetos 646
2.1.1. Sujeto activo 646
2.1.2. Sujeto pasivo 647
2.2. Los objetos 647
2.2.1. Objeto jurídico 647
2.2.2. Objeto material 648
2.3. La conducta 649
2.3.1. El ejercicio de funciones públicas 649
2.3.2. Que ese ejercicio de funciones públicas, se haga sin autorización legal 649
2.3.3. Que las funciones públicas así ejercidas, sean inherentes al cargo que se usurpa 650
3. Dispositivos amplificadores del tipo 651
3.1. Tentativa 651
3.2. Concurso de tipos 651
3.3. Participación 652
4. Evaluación general de la norma 652

CAPÍTULO TERCERO
ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA

0. Generalidades 653
0.1. Presentación 653
0.2. Regulación normativa 653
0.3. Antecedentes legislativos 653
1. Análisis de los elementos genéricos del tipo 654
1.1. Los sujetos 654
1.2. Los objetos 655
1.2.1. Objeto jurídico 655
1.2.2. Objeto material 655
1.3. La conducta 655
1.3.1. La realización de funciones públicas 656
1.3.2. Las funciones públicas realizadas, han de ser diversas de las que legalmente le corresponden 657
1.3.3. El elemento descriptivo del tipo: abusando de su cargo 658
2. Dispositivos amplificadores del tipo 659
2.1. Tentativa 659
2.2. Concurso de tipos penales 659
2.2.1. Con el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto 659
2.2.2. Con el prevaricato 659
3. Punibilidad 660

CAPÍTULO CUARTO
SIMULACIÓN DE INVESTIDURA O CARGO

0. Generalidades 662
1. Análisis de los elementos genéricos del tipo 662
1.1. Los sujetos 662
1.1.1. Sujeto activo 662
1.1.2. Sujeto pasivo 663
1.2. Los objetos 663
1.2.1. Objeto jurídico 663
1.2.2. Objeto material 663
1.3. La conducta 665
1.3.1. Análisis de los verbos rectores 665
1.3.2. El contenido direccional de la conducta 667
2. Dispositivos amplificadores del tipo 668
2.1. Tentativa 668
2.2. Concurso de tipos penales 668
2.2.1. Con la estafa 668
2.2.2. Con el hurto agravado 668
2.2.3. Con el decreto 180 de 1988 669
3. Evaluación global del tipo 670

SUBSECCIÓN DÉCIMA
DELITOS CONTRA LOS SERVIDORES PÚBLICOS

CAPÍTULO PRIMERO
GENERALIDADES

1. Contenido general del capítulo 673
2. Antecedentes 674
2.1. El Código Penal colombiano de 1936 674
2.2. La legislación penal italiana 674
3. El concepto de violencia 675

CAPÍTULO SEGUNDO
VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO

1. Consagración normativa 680
2. Análisis de los elementos genéricos del tipo 681
2.1. Los sujetos 681
2.1.1. Sujeto activo 681
2.1.2. Sujeto pasivo 681
2.2. Los objetos 682
2.2.1. Objeto jurídico 682
2.2.2. Objeto material 683

2.3. La conducta 683
2.3.1. El núcleo del tipo: ejercer violencia 683
2.3.2. El elemento subjetivo del tipo: contenido direccional de la violencia ejercida 684
2.3.2.1. Ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo 685
2.3.2.2. Realizar acto contrario a los deberes oficiales 686
3. Dispositivos amplificadores del tipo 686
3.1. Tentativa 686
3.2. Concurso de tipos penales 687

CAPÍTULO TERCERO
PERTURBACIÓN DE ACTOS OFICIALES

0. Generalidades 689
1. El objeto material 689
2. La conducta 690
2.1. Las variantes comportamentales 691
2.2. El elemento descriptivo de carácter modal del tipo 692

SECCIÓN TERCERA
CONCLUSIONES

Conclusiones 697

ANEXO

Ley 190 de 1995 701
I. Régimen de los servidores públicos 701
A. Control sobre el reclutamiento de los servidores públicos 701
B. Incentivos para funcionarios públicos 704
C. Declaración de bienes y rentas 704
II. Régimen penal 705
A. Modificaciones al Código Penal 705
B. Aspectos procesales 709
III. Régimen financiero 711
IV. Sistemas de control 712
A. Control sobre entidades sin ánimo de lucro 712
B. Control social 713
V. Aspectos institucionales y pedagógicos 714
A. Juntas Directivas 714
B. Sistema de quejas y reclamos 714
C. Información sobre la gestión de las entidades públicas 715
D. Aspectos pedagógicos 716
E. Otros 717

VI. Comisión nacional para la moralización y comisión ciudadana para la lucha contra la corrupción 717
VII. De la intervención de los medios de comunicación 720
VIII. Disposiciones sobre revisores fiscales 720
IX. Disposiciones varias 721

SECCIÓN PRIMERA
GENERALIDADES

SUBSECCIÓN PRIMERA
EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Prácticamente la generalidad de los autores que se ocupan de analizar el Título III del Código Penal colombiano, relativo a los "Delitos contra la Administración Pública", inician sus trabajos revisando qué se entiende por tal, esto es, por Administración Pública.

Ciertamente, justo será reconocerlo, ello no es gratuito, como que obedece, ni más ni menos, al reconocimiento y acatamiento de la significación que, dentro de la dogmática jurídico-penal, comporta el concepto de Bien Jurídico Tutelado, en cuanto tal, y, lo que es más, a la trascendencia que el contenido y alcance del respectivo bien jurídico protegido dentro de determinado acápite del Código Penal (título o capítulo), conjuga y observa tanto para la sistematización como -lo que es más importante aún- para la cabal interpretación de todos y cada uno de los tipos penales dentro de tal segmento normativo contemplados[1].

Sobre la base de tal premisa -no pudiendo nosotros sustraernos a tal realidad-, en el presente apartado de nuestra exposición revisaremos, en relación con la Administración Pública, qué se entiende por tal, así como el sentido de la protección jurídico-penal de la misma.

1. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Bien explicaba el maestro CARRARA[2] que mientras "la parte general de una ciencia es el estudio de la identidad de las distintas especies; la parte especial es el estudio de las diferencias entre cada una de las especies, y de la unidad armónica a que las características de identidad general las vinculan". Ello viene a colación por el hecho de que, ciertamente, el elenco de Delitos contra la Administración Pública del cual habremos de ocuparnos a lo largo de este trabajo, aparece ubicado dentro del Título III del Libro II del Código Penal colombiano, esto es, como una variante delictual específica dentro de la parte especial de tal codificación.

---

[1] Molina Arrubla, Carlos Mario. *Principios Rectores de la Ley Penal.* Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 1997. 2a. ed. Págs. 98-106.

[2] Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal: Parte Especial.* Volumen I. Editorial Temis. Santafé de Bogotá, 1991. 3ª ed. (revisada). Pág. 37.

En ese sentido cabría recordar, siguiendo en ello al maestro BERNAL PINZÓN[3] -pronunciándose respecto de la Codificación Penal anteriormente vigente, esto es, el Código Penal de 1936- que el Código Penal colombiano, siguiendo la técnica de la mayor parte de las legislaciones codificadas, ha clasificado los diferentes comportamientos punibles previstos en la Parte Especial, tomando como fundamento el objeto jurídico o interés jurídico tutelado con la respectiva acriminación de las conductas.

Por ello, no debe extrañar que, en la referida Parte Especial, el Código Penal colombiano se ocupe, inicialmente, de los bienes jurídicos Estatales (Delitos contra la Existencia y Seguridad del Estado, contra el Régimen Constitucional, contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia: Títulos I a IV); que en un segundo instante se ocupe de los bienes jurídicos Colectivos (Delitos contra la Seguridad Pública, contra la Fe Pública, contra el Orden Económico Social, contra el Sufragio y contra la Familia: Títulos V a IX); y que, finalmente, en un tercer momento, se aplique a la protección de los bienes jurídicos Individuales (Delitos contra la Libertad Individual, contra la Libertad y el Pudor Sexual, contra la Integridad Moral, contra la Vida y la Integridad Personal y contra el Patrimonio Económico: Títulos X a XIV). Y, por ello mismo, es claro que es en el Título III de la Parte Especial, que el Código Penal tutela lo que él mismo llama **Administración Pública**.

Ahora bien, como se dijo en precedencia, cuando se trata de abordar el estudio y tratamiento del Título III del Código Penal actualmente vigente (esto es, el Decreto 0100 de 1980), lo primero que debe y tiene que hacerse es precisar cuál es el Bien Jurídico Tutelado por la Ley Penal en este apartado específico, con lo cual, partiendo del hecho indubitable que el Bien Jurídico aquí protegido no es otro que la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, hemos entonces de clarificar qué se entiende por tal.

Si tal premisa debe desde ahora sentarse, no es por otra razón que aquélla que nos enseña que una interpretación literal del concepto de Administración Pública, podría llevar a equívocos y confusiones, como que el nombre mismo del título daría a entender que éste sólo se ocupa de las acciones realizadas dentro de lo que suele llamarse la rama administrativa, cuando en verdad los tipos penales aquí previstos se refieren a cualquiera de las ramas del poder público, entendiendo que, efectivamente, algunas de las conductas descritas en este título, por ejemplo el prevaricato o el cohecho, bien pueden ser realizadas por personas que pertenezcan indistintamente a las ramas ejecutiva y jurisdiccional, e incluso, a la legislativa[4], de un lado; y del otro, el hecho de que a partir de lo dispuesto en el artículo 165

---

[3] **Bernal Pinzón, Jesús.** *Delitos contra la Administración Pública.* Editorial Temis, Bogotá, 1965. Pág. 1.

[4] **Gómez Méndez, Alfonso.** "*Delitos contra la Administración Pública*" en *Derecho Penal Especial* de autores varios. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985. Pág. 20.

del mismo Código Penal, se establece que la Perturbación de Actos Oficiales puede materializarse en relación con una cualquiera de las ramas del Poder Público.

Bajo esta forma de razonar, en un primer momento no puede menos que ocuparnos -en cuanto hace con el estudio propio del Título III del Código Penal-, la determinación precisa de lo que por ADMINISTRACIÓN PÚBLICA se entiende: Con tal propósito, BERNAL PINZÓN[5] señala que el contenido del concepto **Administración Pública** que utiliza el Código colombiano -que fue tomado del Código italiano de 1930, que, como se sabe, sirvió de patrón en la elaboración del nuestro- es muy amplio, como que, en un sentido lato, "el concepto de **Administración Pública** comprende toda la actividad funcional del Estado; en ella quedan cobijadas las tres **funciones** fundamentales del Estado: la legislativa, la jurisdiccional y la denominada **actividad jurídica** que comprende específicamente la actividad puramente administrativa"[6]

A partir de allí, entonces, surgen dos tópicos que merecen especial comentario: El primero, que dice referencia al origen mediato del "nomen iuris" de este Título del Código Penal; y el segundo, que alude al contenido exacto que el concepto ADMINISTRACIÓN PÚBLICA observa en nuestro medio.

1.1. EL ORIGEN DEL *"NOMEN IURIS"* DE ESTE TÍTULO DEL CÓDIGO PENAL.

En cuanto a lo primero, esto es, al origen de la denominación que al Título III del Código Penal dispensa el Legislador colombiano, podemos decir, siguiendo en

---

[5] Bernal Pinzón, Jesús. *Op Cit.* Pág. 1.

[6] Para ser igualmente exactos, bien podría significarse que en gran medida era esa una posición que había sido anticipada por Manzini, quien comentando la legislación italiana había ya expresado al respecto:

"Objeto genérico de la tutela penal, en relación a los delitos cuyo examen iniciamos, es el interés público concerniente al normal funcionamiento y al prestigio de la administración pública en sentido lato, en lo que atañe a la probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, fidelidad, seguridad, libertad, decoro funcionales, así como al respeto debido a la voluntad del Estado en orden a determinados actos o relaciones de esa misma administración.

La locución: administración pública, está tomada, según se ha indicado, en sentido lato, comprensivo de toda la subjetividad y de toda la actividad funcionales características del Estado y de las otras entidades públicas, territoriales o institucionales.

Por consiguiente, además de la "administración pública" en sentido estricto (...), la tutela penal se extiende también a la función legislativa y a la jurisdicción, fuera de los casos en que normas singulares restrinjan la noción de una incriminación a la administración en sentido propio: o a la administración y a la jurisdicción, con exclusión de la legislación; o a la administración y a la legislación con exclusión de la jurisdicción".

Manzini, Vicenzo. *Tratado de Derecho Penal. Segunda Parte: De los Delitos en Especial* (Volumen 3). Tomo 8. Ediar Editores, Buenos Aires, Argentina. 1961. Págs. 3-4.

ello al profesor LUIS CARLOS PÉREZ[7], que, ciertamente, los redactores del Código de 1936 se preocuparon por encontrar un epígrafe adecuadamente representativo de los bienes objeto de tutela: En efecto, en sesión verificada el día 23 de Enero de 1935, el Dr. PARMENIO CÁRDENAS criticó la denominación de cosa pública que había utilizado el proyecto de 1924, pues resultaba "demasiado vaga y general, y en esa forma puede comprender infracciones que no deben ser tratadas en esta parte"; a tiempo que criticó la designación hecha por el estatuto de 1890 de **delitos contra la hacienda pública**, por ser muy restrictiva del concepto de los quebrantos agrupados en la sección, por ejemplo, la conducta del juez que dispone del dinero proveniente de un remate, conducta no dirigida precisamente contra el fisco y tampoco enfrentada al derecho de propiedad; aceptando finalmente con estas advertencias, calificar los hechos punibles descritos en este apartado como "delitos contra la administración pública", siguiendo en forma expresa el nomen del código italiano de 1930, pero sin la corrección de éste, en cuanto contiene en un capítulo los delitos de los funcionarios oficiales contra la administración y en otro las infracciones de los particulares contra la misma (arts. 314 y ss.).

Esa indiferenciación pasó sin reservas al proyecto de 1974 y, de allí, al Código Penal actualmente vigente (Decreto 100 de 1980), habiéndose perdido así una oportunidad privilegiada para sistematizar mejor las materias, no solo en lo referente a su naturaleza sino en lo concerniente al sujeto activo, punto este sobre el cual tampoco se expresaron inquietudes en el proyecto de 1978 ni en la revisión final de 1979. Lo que es más, por esta vía se explica y comprende por qué razón el Título III de la Parte Especial de nuestro Código Penal opera bajo el epígrafe de "Delitos contra la Administración Pública": Se trata de una denominación surgida ya desde los trabajos preparatorios del Código Penal de 1936 que, a su vez, siguió los lineamientos del Código Penal Italiano de 1930.

1.2. EL CONTENIDO DEL CONCEPTO "ADMINISTRACIÓN PÚBLICA".

Respecto a lo segundo, esto es, al contenido exacto que el concepto ADMINISTRACIÓN PÚBLICA comporta en nuestro medio, habremos de decir que ella no se contrae ni limita al contenido que con respecto suyo ofrece BERNAL PINZÓN[8], para quien, la expresión **administración pública** utilizada por el legislador, debe entenderse como "el conjunto de funciones ejercidas por los varios órganos del Estado en beneficio del bienestar y desenvolvimiento de la sociedad".

Empero, tampoco creemos que, en sentido jurídico-penal, el concepto de "Administración Pública" se pueda entender a la manera en que lo hacen expertos

---

[7] Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal*: partes general y especial. Tomo III. Editorial Temis, Bogotá. 1984. Pág. 185.

[8] Bernal Pinzón, Jesús. *Op Cit*. Pág. 3.

administrativistas tales como VIDAL PERDOMO[9], quien entiende por administración nacional el conjunto de organismos, cuerpos o funcionarios que obran de alguna manera bajo la suprema autoridad administrativa del Presidente de la República por formar parte inmediata o mediatamente de la rama ejecutiva del poder público, quedando por fuera otros -en sentir de este autor- que, si bien realizan funciones administrativas permanentes u ocasionalmente, como la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y los organismos electorales, no pertenecen propiamente a ella, o no dependen del Jefe del Estado sino por la sujeción a la potestad reglamentaria de que él es constitucionalmente titular, o en todo caso, no por jerarquía administrativa, como el Ministerio Público.

No. Para nosotros, y dentro del terreno jurídico-penal, el concepto de ADMINISTRACIÓN PÚBLICA encierra un significado más amplio, cual es el propuesto por el Profesor LUIS CARLOS PÉREZ[10], y según el cual la administración pública está constituida por los distintos mecanismos encargados general o parcialmente de realizar una gestión, o varias gestiones en conjunto, para atender las necesidades de una comunidad determinada, de tal manera que no es posible concebirla estática, a la manera de los entes, sino en movimiento incesante, toda vez que los órganos son inseparables de su función. Dicho de otra manera, por Administración Pública entendemos los organismos, unipersonales o colegiados, que desarrollan determinadas funciones, a través de las cuales se cumplen las funciones o finalidades oficiales del Estado.

Como se vé, dentro de esta última definición se pretende abarcar tres conceptos esenciales y fundamentales: El primero, que la Administración Pública está integrada por organismos (y no por funciones, como pareciera desprenderse de la visión de BERNAL PINZÓN), los cuales pueden ser de naturaleza unipersonal o colegidada; el segundo, que tales organismos tienen como cometido esencial el de desplegar, materializar o realizar ciertas y (expresamente) determinadas funciones; y el tercero, que esas funciones que se cumplen a través de esos órganos, buscan el cumplimiento de las tareas o cometidos oficiales del ente estatal.

Sólo ante la conjunción de esos tres elementos, a nuestro modo de ver, podrá deducirse y estructurarse, a cabalidad y plenitud, el concepto de Administración Pública, en sentido jurídico penal. Y por ello, consecuencialmente, retomando las enseñanzas de BERNAL PINZÓN[11], podremos nosotros sostener que la administración pública entendida de esta manera para los efectos de la tutela penal, puede ser examinada en el conjunto de actividades que desarrolla, presentándose enton-

---

[9] Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho Administrativo*. Biblioteca Banco Popular, Bogotá, 1980. 7a. ed. Pág. 106.

[10] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 189.

[11] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 3-4.

ces el concepto material de la administración pública; o puede ser apreciada a través de los organismos que ejecutan esa actividad, teniéndose así el concepto o el aspecto subjetivo de la administración pública.

En este orden de ideas, se distingue entre la Administración Pública desde el punto de vista estático, material, por referencia a los órganos de la Administración, en sí mismos considerados, y la Administración Pública en sentido dinámico, subjetivo, por referencia al ejercicio de la función pública. Y por tal vía habremos de sostener que mientras la primera -la Administración Pública en sentido estático- se protege en los Títulos I y II del Código Penal (Delitos contra la Existencia y Seguridad del Estado y contra el Régimen Constitucional, respectivamente), la segunda -Administración Pública en sentido dinámico- se protege a nivel del Título III del mismo Código (Delitos contra la Administración Pública).

Entendiendo, pues, que el concepto ADMINISTRACIÓN PÚBLICA hace referencia a las diversas ramas del Poder Público, de una parte; y que cuando se habla de la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA no sólo nos referimos a los órganos de la Administración, sino también a la función administrativa, podemos nosotros entrar ahora a practicar dos nuevas precisiones:

La primera, que para efectos de establecer con certeza cuáles o quiénes son las ramas del poder público integrantes de lo que aquí ha dado en denominarse ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, debe tenerse de presente la reglamentación contenida en el artículo 113 de la Constitución Nacional, según la cual:

> "Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización de sus fines" (subrayas fuera del texto),

con sujeción a lo cual es claro que algunos organismos no adscritos directamente a ninguna de esas tres ramas del poder público, como los encargados de la función electoral, también hacen parte del concepto de ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, en sentido jurídico-penal.

Y la segunda, que es precisamente a partir de nuestra concepción de ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, que encuentra cabida la discusión doctrinal referida a la ubicación específica que dentro de la Parte Especial del Código Penal, debe observar el tema de los Delitos contra la Administración de Justicia, tópico este sobre el cual el Profesor PÉREZ[12] recuerda que desde 1935 se habían insinuado tres direcciones: La primera, la de algunos códigos que en una sola sección o título contemplan todos los quebrantos contra el funcionamiento normal de la administración; la segunda, la de apartar las infracciones contra los mecanismos judiciales de las otras; y la tercera, seguida por algunas legislaciones que regulan in-

[12] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 185-186.

discriminadamente las dos especialidades. Y concluye diciendo que la técnica se inclina por la solución acogida por el sistema colombiano, pues, según advirtió posteriormente JOSÉ PECO en la exposición de motivos con que acompañó el proyecto presentado por él a la Cámara de Diputados de Argentina, el 25 de Septiembre de 1941, no se trata de una concesión al prurito de innovar ni a exigencias de escuelas: "Si la objetividad del bien jurídico lesionado es el cartabón para clasificar los delitos, ningún repulgo doctrinal ni técnico se opone para separar los delitos contra la administración pública y los delitos contra la administración de justicia".

Ello explica, entonces, por qué razón, o bajo qué argumentos, el Código Penal colombiano regula en Títulos diferentes, lo respectivamente atinente a los Delitos contra la Administración Pública (Título III) y a los Delitos contra la Administración de Justicia (Título IV): Sencillamente, porque nuestra codificación optó por la segunda de las direcciones técnicas, que apuntaba a la separación de las mismas, en atención a la diversidad y, fundamentalmente, a la especificidad del bien jurídico en cada uno de tales apartados regulado y protegido.

2. EL SENTIDO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO PENAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Habiendo ya clarificado lo que por ADMINISTRACIÓN PÚBLICA se comprende, dentro de la órbita y en la perspectiva jurídico penal, debemos ahora establecer cuál es el sentido de la protección legal de dicho bien jurídico, esto es, qué es lo que se protege o tutela en relación con el mismo. Y para tales efectos, recurramos a las enseñanzas del Profesor ORTIZ RODRÍGUEZ[13], para quien la administración pública debe ser oportuna, pronta y eficaz. Esto significa que la autoridad pública estatal debe obrar en el tiempo o momento apropiado para la satisfacción de las necesidades del Estado en sí mismo o de la comunidad, como que la postergación de una determinada política o de la ejecución de la misma puede resultar contraria a los fines de la administración. Significa, en una palabra, que la autoridad política y administrativa debe obrar con rapidez, esto es, con diligencia y presteza: La demora en la adopción de una determinada política o en la ejecución práctica de la misma puede ser contraproducente para los fines de la administración. Significa, además, que la política adoptada y ejecutada sea efectiva, real, respecto de los fines perseguidos.

De otra parte, continúa el mismo autor en cita, para que la administración pública sea buena, es necesario que las personas investidas de autoridad para administrar ejerzan con fidelidad y exactitud sus funciones. Que los actos que les corresponde ejecutar sean realizados con legalidad y justicia. Que obren con imparcialidad e independencia. Que la actividad que deben llevar a cabo sea continua,

---

[13] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Manual de Derecho Penal Especial*. Universidad de Medellín. Medellín. 1985. 2a. Ed. Pág. 62.

sin interrupciones legales. Que la autoridad de que están investidos sea legal. Que sean moralmente íntegras y respetuosas como el más de lo ajeno. Todos estos valores deben encarnarse en las personas que ejercen la autoridad pública. La mayoría de las conductas tipificadas en el Título III son contrarias a esos valores y de esa manera lesionan o ponen en peligro la recta administración pública.

Sobre tal base, vale decir, del contenido teológico mismo de la acriminación de las conductas previstas en el Título III del Código Penal, podríamos clasificar los tipos penales allí contenidos, desde diversos puntos de vista:

2.1. SEGÚN EL ASPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN QUE FUE LESIONADO.

Según el aspecto concreto de la administración que resulta lesionado o puesto en peligro con la conducta del autor, puede distinguirse tres clases de infracciones a la Ley Penal, dentro del Título III del Código Penal, entendiendo que con tales conductas dañosas pueden afectarse:

2.1.1. *LOS BIENES*, toda vez que es claro que para el normal desarrollo de las actividades el Estado necesita utilizar bienes de cuyo correcto y adecuado manejo puede depender el éxito de las labores emprendidas. Una protección a la administración pública no sería completa si no comprendiera sanciones para quienes hacen un mal uso -entendido el término en forma amplia- de los recursos indispensables para el cabal, correcto y necesario ejercicio y desarrollo de la misma. Dentro de este primer aspecto se incluye el peculado en sus distintas modalidades, es decir, por apropiación (artículo 133),por uso (artículo 134),por uso indebido de trabajo o servicio oficial (artículo 133, inciso 2o), por error ajeno (artículo 135) y por extensión (artículo 138)[14], amén de la destinación indebida de recursos del tesoro para la declaración de procedencia de metales preciosos que contempla el artículo 139A del Código Penal (según las adiciones al mismo recientemente introducidas por la Ley 366 de Marzo 12 de 1997).

2.1.2. *LA FUNCIÓN PÚBLICA PROPIAMENTE DICHA*, siempre que el ejercicio mismo de la función pública puede verse afectado por comportamientos que ataquen la honestidad, eficiencia o legalidad:

En lo referente a la honestidad en el ejercicio de la función pública, podemos incluir como comportamientos que la afectan, la concusión (artículo 140), el cohecho en sus distintas modalidades (artículos 141 y ss.), la celebración indebida de contratos (artículos 144 a 146), el enriquecimiento ilícito (artículo 148), así como la utilización indebida de información privilegiada (art. 148A del Código Penal, según las adiciones al mismo introducidas por la Ley 190 de 1995).

---

[14] Gómez Méndez, Alfonso: *Op. Cit.* Págs. 20-21.

En lo relativo a la eficiencia en el ejercicio de la función pública, puede considerarse como acciones que la vulneran, algunas de las modalidades impropias de abuso de autoridad, como el abuso de autoridad por omisión de denuncia (artículo 153), por abandono del cargo (artículo 156), por revelación de secretos (artículo 154), por omisión de apoyo (artículo 160), entre otros.

Finalmente, en cuanto atañe a la idea de legalidad, es decir, el sometimiento de las determinaciones estatales a precisos parámetros jurídico pre-establecidos, podríamos incluir como conductas punibles, el prevaricato, en sus distintas modalidades (artículos 149 y ss.), el abuso de autoridad propio (artículo 152), el abuso de autoridad por intervención en política, entre otros[15].

2.1.3. *LA PERSONA DEL FUNCIONARIO*, ya que la protección a la administración tampoco sería completa, si no se sancionaran las acciones que atentan contra el agente de la administración. En estos casos de proteger ciertamente a la persona, pero no como tal, sino en cuanto desempeña una función pública: Podemos mencionar aquí los casos de violencia contra el servidor público (artículo 164) y la perturbación de actos oficiales (artículo 165).

2.2. SEGÚN LA CALIDAD DEL AGENTE DE LA INFRACCIÓN.

Según la calidad del agente de la infracción contra la administración pública, podemos decir que de las treinta y cuatro figuras que atentan contra la administración pública, veinticinco pueden ser realizadas por servidores públicos, cuatro por los particulares, y otras cinco tienen como sujetos activos tanto a los servidores públicos como a los que carecen de esa calidad, ya que el art. 139 establece apenas una atenuante.

Los delitos de los servidores públicos son: peculado por apropiación, uso, propio de error ajeno, aplicación oficial diferente y culpa, de que tratan los arts. 133, 134, 135, 136 y 137; destinación de recursos del tesoro para la declaración de origen de mineral precioso, de que trata el artículo 139A (adicionado por la Ley 366 de 1997); la concusión (art. 140); el cohecho propio y el impropio descritos en los artículos 141 y 142; la celebración indebida de contratos, según los artículos 144, 145 y 146; el prevaricato por acción, por omisión y por asesoramiento ilegal de que se ocupan los arts. 149, 150 y 151; los abusos por acto arbitrario o injusto, omisión de denuncia, revelación o aprovechamiento de secretos de estos, abandono del cargo, asesoramiento y otras actuaciones ilegales, intervención en política, empleo ilegal de la fuerza pública y omisión de apoyo, previstos en los arts. 152 a 160.

Los cuatro delitos contra la administración pública imputables a los particulares, esto es, a quienes carecen de investidura oficial, son el peculado por extensión de que trata el art. 138; la usurpación de funciones descrita en el art. 161; la vio-

[15] Ibídem. *Op. Cit.* Pág. 21.

lencia contra servidores públicos y la perturbación de actos oficiales, según los arts. 164 y 165.

Por último, las cinco disposiciones relacionadas indistintamente con servidores públicos y con particulares son las de los arts. 143, 147, 148 y 163, es decir, el cohecho por dar u ofrecer, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito y la simulación de investidura o cargo, a más de la utilización indebida de información privilegiada de que trata el art. 148A (adicionado por la Ley 190 de 1995).

Como decíamos, el artículo 139 contempla circunstancias de atenuación para el particular eventualmente responsable de la infracción descrita en el artículo 138 y para los servidores a quienes se incriminen conductas peculadoras cuando hagan cesar el mal uso de los bienes públicos, reparen el daño causado, reintegren lo perdido o extraviado o paguen su valor en los distintos momentos que indica en la norma [16].

2.3. SEGÚN LA DIRECCIÓN DEL ATAQUE CONTRA LA ADMINISTRACIÓN.

Finalmente, y siguiendo así la distinción trazada por el Código Penal italiano a la cual hacíamos referencia en párrafos anteriores, podríamos decir que, en cuanto hace con los Delitos contra la Administración Pública, el Código distingue entre los delitos cometidos por los servidores públicos contra la administración pública, y los delitos cometidos por los particulares contra la misma administración pública[17].

2.3.1. *EL "INTRANEUS" Y EL "EXTRANEUS" EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.*

Bien sabido es que a nivel doctrinal se distingue entre los llamados delitos comunes, que son aquellos que pueden ser cometidos por cualquiera, en la medida en que el respectivo tipo penal no exige de un sujeto activo calificado, como sucede, por ejemplo, en el Homicidio (art. 323, C.P.) o en el Hurto (art. 349, C.P.); y los llamados delitos propios, especiales, de responsabilidad, oficiales o funcionales, en los cuales se exige como elemento constitutivo una determinada calidad en el agente delictual, como acontece en el Peculado (arts. 133 y subsiguientes, C.P.) o el Prevaricato (art. 149 y subsiguientes, C.P.).

Si trasladamos tal distinción al campo de los Delitos contra la Administración Pública, habremos de decir que, ciertamente, ella puede ser lesionada por la conducta delictuosa de sus propios representantes, es decir, desde dentro, y entonces su autor será un *intraneus*; o también puede ser perjudicada desde fuera, en sus

---

[16] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 192-193.

[17] En el mismo sentido: Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 4.

relaciones con los terceros o particulares, y entonces el autor de la infracción será un *extraneus*.

Por ello, pues, podemos decir en síntesis que bajo la acriminación de dos clases genéricas y fundamentales de conductas -lastimosamente no acogidas en nuestro Código Penal de manera expresa, en cuanto hace con una cabal y directa distinción de los mismos, como decíamos en páginas anteriores-, se protege en este Título a la Administración Pública:

2.3.1.1. Las conductas delictuales realizadas en contra de la Administración Pública, por parte de los servidores públicos, que son las que configuran los delitos propios contra la Administración Pública;

2.3.1.2. Los delitos que contra la Administración Pública pueden cometer los particulares (que, por tanto, y sea ello dicho desde ahora, no pueden alcanzar la categoría de autores materiales de los delitos propios contra la Administración Pública, que exigen un sujeto activo calificado), que son los denominados delitos impropios contra la Administración Pública, y que, a su vez, admiten ser calificados doctrinalmente en:

- DIRECTOS: Cuando de manera directa, el particular, con su actuar, atenta contra la Administración Pública, tal como acontece en el Tráfico de Influencias, el Cohecho por dar u ofrecer o las usurpaciones;

- INDIRECTOS: Cuando ese ataque contra la Administración Pública se hace a través de la ofensa, el maltrato o la afectación de la integridad de los servidores públicos, en la medida en que, al atacar al representante de la Administración, con ocasión o por motivo de sus funciones públicas, se entiende que se está atacando al representado, esto es, a la Administración.

2.3.2. *LOS PARTICULARES COMO SUJETOS ACTIVOS DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.*

Conforme a lo expuesto en precedencia, es claro que un particular no puede ser autor material de uno de los Delitos contra la Administración Pública, al carecer él de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración en cuanto típica de la conducta, cual es el referido a la calidad de servidor público que debe ostentar el agente delictual.

Con todo, desde el momento mismo en que el artículo 23 del Código Penal nos permite hablar de dos grandes categorías o clases de autores, como son las de los autores materiales y de la de los determinadores -con todas las subespecies que tales categorías pueden llegar a comportar, según lo expone la doctrina- podríamos decir que si bien ello es cierto, esto es, que, en principio -y salvo los casos del Peculado por Extensión (en tanto la conducta ejecutiva recaiga sobre los específicos bienes relacionados en el artículo 138 del Código Penal), y del particular que de manera transitoria ejerce funciones públicas (conforme a lo previsto en el artí-

culo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995) un particular no puede llegar a ostentar la calidad de autor material de un Delito contra la Administración Pública; no es menos cierto que ello no quiere decir, en sentido amplio, que no pueda llegar a ser sujeto activo de los mismos, si bien en condición de determinador.

A nuestro modo de ver, pues, nada se opone a que un particular pueda ser sujeto activo de un delito contra la administración pública, a nivel de determinador, si bien -justo será reconocerlo- se trata de una posición que no es pacíficamente acogida por la doctrina.

2.3.2.1. En efecto, SALAZAR MARÍN[18] postula que:

> "...constituye un error la frecuente afirmación en Colombia de que un particular puede ser autor de un delito especial cuando instiga o "determina" al funcionario a cometerlo. Se suele acudir al argumento de que su "determinación" lo hace dómine del hecho, pero se olvida la especialidad del delito y se pasa por alto que nuestro legislador dentro del concepto de determinación -como si fuese un "cajón de sastre"- comprende al autor intelectual, al autor mediato y al instigador. También se pierde de vista que en tal caso al particular se le puede dar el tratamiento de instigador, que está equiparado al autor en cuanto a la pena dada la importancia de su intervención, con lo cual no se incurre en el desvarío de llamarlo autor, algo dogmático y legalmente equivocado, pues hasta la función garantizadora del tipo se desconoce".

Y más adelante señala[19]:

> "Si la infracción funcional únicamente puede cometerla como autor el intraneus, es porque tal calidad constituye un elemento normativo del respectivo tipo de injusto. De manera que no se trata de una condición personal comunicable conforme al art. 25 del Código Penal, pues únicamente lo son las llamadas "circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad", las "materiales del hecho" y las "personales que disminuyan o excluyan la punibilidad", no las que son esencia del tipo, por ser un elemento normativo inherente y propio. Es que si sólo el empleado oficial puede incurrir en concusión como autor en la medida en que abuse de su cargo o de sus funciones, es porque el ejercicio abusivo de la función pública constituye la razón de ser del injusto. Pero si un particular concurre a esa ilicitud jamás podrá ser autor o coautor de ella; a lo sumo estricto partícipe (C.P., art. 140).
> ....."

---

[18] Salazar Marín, Mario. *Autor y Partícipe en el Injusto Penal.* Editorial Temis, Bogotá, 1992. Pág. 93.

[19] Ibídem. pág. 99.

Reiterando que una pléyade de autores, tanto nacionales (entre los que destaca a ANTONIO VICENTE ARENAS, ALFONSO REYES ECHANDÍA y JESÚS BERNAL PINZÓN) como extranjeros (como es el caso de JESCHECK, ZAFFARONI, BACIGALUPO, MUÑOZ CONDE, MIR PUIG, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN), están de acuerdo con tal solución, SALAZAR MARÍN[20] reafirma tal criterio, un poco más adelante, en los siguientes términos:

> "Si por la especialidad del delito la ley restringe el círculo de autores, lo único que parece posible para el extraño es el tratamiento de partícipe, por haber contribuído en la comisión de un delito especial. Aunque la cooperación es materialmente tanto o más importante que la del tesorero, siguiendo el ejemplo, jurídicamente es de segundo orden, por no haber violado los deberes propios del intraneus. Bien decía ANTÓN ONECA, que "sólo deberían llamarse especiales aquellos delitos que implican la violación, no de deberes comunes a todos los miembros de la sociedad, sino de deberes especiales que se imponen a ciertas personas por razón de su función".
> Como es un elemento o calidad personal constitutivo a su vez de un elemento normativo del tipo que fundamenta el injusto de peculado, único delito cometido por imperio de los principios de legalidad y unidad de imputación, no es comunicable esa calidad personal de autor por tratarse de un delito especial, cuya autoría no cabe en sujetos no calificados.
> Ello es particularmente exacto en Colombia, donde no se ha caído en cuenta de que la norma sobre comunicabilidad de elementos está referida a los que agravan, disminuyen o excluyen la pena y por tanto el injusto (C.P., art. 25); no a los personales que fundamentan el ilícito y la respectiva sanción, pues en tal evento hay que trasladarse a la Parte Especial del Código, donde se encuentran los tipos de delito especiales que fundan el ilícito y la pena".

Con todo, la posición de SALAZAR MARÍN no es enteramente prohijada, no sólo a nivel doctrinal, sino, también, a nivel jurisprudencial[21].

---

[20] Ibídem. Págs. 174-176.

[21] Cuanto a lo primero, señala: "Fernando Velásquez no comparte esta solución porque nuestra ley, dice, sanciona como cómplice a quien "contribuya a la realización del hecho punible", o sea el injusto especial, lo que lo induce a predicar la impunidad -en torno a este ilícito- para el cooperador que carece de la calificación, en salvaguarda del principio de legalidad. Admite empero la posibilidad de que el extraneus responda por otro delito" (Ibídem, Pág 176).

Sobre lo segundo, anota: "...si la trascendente importancia sico-física del aporte no va acompañada de la imprescindible importancia jurídica (violación del deber jurídico de lealtad con el Estado), no se da el aporte necesario en la debida dimensión para alcanzar la coautoría, a pesar de lo cual la jurisprudencia nacional le ha dado ese tratamiento, sin duda por razones de una aparente equidad y de una supuesta igualdad en la importancia de la contribución, pero soslayando peligrosamente los principios de legalidad y tipicidad".

Y, a renglón seguido, agrega: "Por ejemplo, en proveído de casación de Julio 15 de 1982 la Corte estimó que para ser autor de peculado "no se requiere una disposición del bien expresamente

2.3.2.2. En efecto, digamos que comentando las hipótesis de exclusión de la autoría mediata, FERNANDO VELÁSQUEZ[22] señala que uno de tales casos se plantea en el evento del instrumento no calificado en los tipos especiales:

> "Como se explicó, en supuestos de hecho como el peculado (C.P., art. 133) sólo puede ser autor quien tenga la calidad de servidor público [*intraneus*], no así el que no la posea [*extraneus*], por lo cual no hay autoría mediata en tales tipos. Ahora bien, cabe preguntar, qué sucede si un servidor público se vale de un particular (instrumento) para apoderarse de una elevada suma de dinero perteneciente a las arcas del Estado y cuya custodia se le ha confiado por razón de sus funciones?. Por supuesto, el extraneus no puede ser autor por no tener la calidad exigida en la ley, así tenga el dominio del hecho; y el intraneus no es autor directo por no haber realizado por sí mismo el hecho, ni tampoco puede ser considerado instigador, dado que para ello se requiere la existencia de un autor.
>
> Las dificultades anotadas han llevado a la doctrina -tanto nacional como extranjera- a afirmar la existencia de un "supuesto especial" de autoría mediata en tales eventos; sin embargo, dicha solución no puede ser defendida de lege data pues la ley no la ha previsto. Desde luego, para salvaguardar el principio de legalidad, parece más coherente afirmar que en estos supuestos ambos intervinientes son impunes, salvo que se trate de hipótesis como el peculado por extensión (C.P., art. 138), o de posibles figuras contra el patrimonio económico, expresamente previstas; de todas maneras, para evitar absoluciones político-criminalmente inconvenientes, lo más indicado sería que la ley regulara dicha situación expresamente, cobijando también los casos originados en los tipos de intención y de propia mano".

Y de manera harto interesante, a renglón seguido el autor en cita se pregunta:

> "Ahora bien, obsérvese, un problema distinto se plantea en la hipótesis contraria, cuando el particular [*extraneus*] realiza la conducta prevista en el tipo especial valiéndose de un servidor público [*intraneus*] que actúa como instrumento; así, por ejemplo: un particular le solicita a un servidor público que reciba -a su nombre- una suma de dinero dada por un tercero -quien actúa creyendo dar dinero a un intraneus (art. 143)-, la cual es entregada al extraneus por el funcionario en la creencia de estar haciendo un favor. También aquí, en lo tocante al

---

autorizada por la ley, es decir, una actividad manifiestamente atribuida al agente como parte de sus funciones", refiriéndose a un supervisor de talleres del municipio sin funciones de administración. Por cierto el ponente, en otros apuntes doctrinarios [refiriéndose al Dr. Luis Enrique Romero Soto, aclaramos], ya sostenía que "el particular que se vale de un funcionario público como instrumento inconsciente, responde por la falsedad cometida por éste". O sea un extraneus con el tratamiento de intraneus, algo definitivamente ilegítimo" (Ibídem, pags.169-170).

[22] Velásquez, Fernando. *Derecho Penal*, Parte general. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá. 1997. 3a. Ed. Págs. 618-619.

cohecho, parece imponerse la misma solución: la impunidad de ambos (el que da el dinero y el particular), pero sin descartar una conducta típica de estafa para el sujeto no calificado que en este caso recibe el dinero".

Más adelante, dentro de la misma obra, el autor en comento regresa a este mismo punto, cuando examinando los casos de exclusión de autoría, manifiesta[23]:

"En segundo lugar, tampoco hay coautoría en aquellas figuras delictuales que exigen un autor idóneo (tipos especiales, de propia mano, de intención). Así, por ejemplo (tipo especial), si un particular y un servidor público -de manera conjunta y compartiendo el dominio del hecho- se apoderan de una elevada suma de dinero de las arcas estatales (C.P., art. 133), es evidente que sólo es autor el intraneus y no el extraneus a quien la doctrina suele considerar como un cómplice, sin embargo, esta solución pugna con el texto del art. 24 del C.P. cuando exige -con respecto a una de las hipótesis en él comprendidas- que el agente "contribuya a la realización del hecho punible", por lo cual sólo acudiendo a meras presunciones o a la analogía desfavorable se podrá tornar cómplice a quien no lo es.
Por ello, la única solución respetuosa del principio de legalidad es la de impunidad en relación con dichos ilícitos; incluso, es tan evidente el vacío legal, que en algunas hipótesis el legislador expresamente trata de manera excepcional al extraneus como autor (cfr. C.P., art. 138, modificado por el art. 23 de la Ley 190 de 1995). Desde luego -debe reconocerse- la tesis aquí propuesta puede llevar a absoluciones injustas desde el punto de vista políticocriminal, pero ello es preferible al sacrificio de la seguridad jurídica, presupuesto intangible de todo Estado social y democrático de derecho; por ende, la única manera de solucionar este tipo de situaciones es reformando la ley mediante la introducción, por ejemplo, de una atenuante para el extraneus, que se corresponda con su grado de injusto y de culpabilidad, o a través de la introducción de una nueva hipótesis de complicidad, como se pretende acudiendo a la analogía *in malam partem*".

2.3.2.3. Finalmente, cabría anotar en relación con esta temática que diferente, por decir lo menos, y tal como lo anticipaba SALAZAR MARÍN, ha sido el tratamiento dispensado a nivel jurisprudencial, como que ya en sentencia de Junio 3 de 1983, con ponencia del Dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, se dijo:

"Cuando un tipo penal exige un sujeto activo cualificado, la conducta en este descrita se adecuará en forma directa a la pertinente disposición cuando el agente reúna, en el momento de la realización del hecho, la totalidad de las exigencias típicas. Sin embargo, es posible que personas que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material puedan responder en calidad de cómplices o determinadores de un hecho punible realizado por quien sí posee tal cualificación.

---

[23] Ibídem, pág. 622.

La cualificación no se exige para el determinador ni para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquél determina a otro a obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, pero ninguno de ellos debe recorrer con su acción u omisión la legal descripción comportamental. Tradicionalmente, aun cuando no en forma unánime, se ha aceptado la posibilidad de que una persona en quien no concurre la exigencia legal pueda ser cómplice de un delito propio. La Sala estima que las mismas razones que se dan respecto del cómplice son de recibo para resolver la situación del determinador, ya que éste no es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo, de la coacción. Es perfectamente posible que un particular planee un peculado y determina a un funcionario a que se apropie de los bienes cuya administración se le ha encomendado, así como es posible que un sujeto en quien no concurre relación de parentesco con la víctima de un incesto, determine a un pariente de ésta a que realice sobre ella actos erótico-sexuales. De no aceptarse este planteamiento la conducta del determinador carecería de significación jurídico penal a menos que por sí misma configurase delito autónomo".

Pero, todavía más, en providencia de Octubre 29 de 1993, con ponencia del Dr. JORGE ENRIQUE VALENCIA M., la Corte volvió a ocuparse del tema, practicando la siguiente exposición:

"No estará demás recordar que en lo que se refiere al determinador, la Sala ha hecho claridad en diversas oportunidades respecto a los tipos que requieren de sujeto activo calificado, rememorándose, por ejemplo, la sentencia de Junio tres (3) de mil novecientos ochenta y tres (1983), en la que se aclara que "...si se trata de tipo de sujeto activo calificado, tal condición sólo se exige para quien materialmente realiza la conducta y no para quien ha sido determinador, pues del autor es de quien debe exigirse tal calidad". La razón es clara... El autor material es quien ejecuta directamente el hecho. Por consiguiente, es indispensable que posea las aptitudes que exige el tipo penal correspondiente. Si, como sucede en el caso en estudio, para estructurar el delito de falsedad ideológica en documento público, el legislador reclama la presencia de un sujeto activo calificado, es llano entender que la conducta sólo la puede realizar quien teniendo la condición exigida para los delicta propia, ejecuta el acto prohibido en ejercicio de sus funciones.

No sucede lo propio con el determinador. Su rol se limita a hacer nacer en otro la decisión de delinquir, esto es, la de inducir dolosamente al autor material a cometer el injusto, quien consciente y voluntariamente acepta realizar el hecho disvalioso. Nada interesa, por consiguiente, que en su caso incumpla las especiales calidades inherentes al acto del tipo propio o especial. Esto es del todo indiferente".

SUBSECCIÓN SEGUNDA
EL SUJETO ACTIVO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por tratarse de un elemento común a todas las modalidades contenidas en el Título III del Libro II del Código Penal, estudiamos en esta parte introductiva lo relativo al sujeto agente en los delitos contra la Administración Pública.

En términos generales puede afirmarse que los delitos contra la Administración Pública pertenecen a la categoría de los delitos especiales por cuanto sólo pueden ser cometidos por personas que tengan una calidad especial, a saber, la de servidores públicos. habida cuenta que la mayoría de las normas del título contienen tipos de sujeto activo jurídicamente determinado. Esa determinación es de carácter jurídico en la medida en que conforme a las reglamentaciones contenidas en el artículo 63 del Código Penal (según las modificaciones al mismo introducidas por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995), el concepto de servidor público está definido en la propia ley: Por regla general sólo quien tenga la calidad de servidor público puede realizar los distintos tipos propios contra la Administración Pública, esto es, aquellos que exigen un sujeto activo calificado.

El Código Penal de 1936 empleaba la expresión "funcionario o empleado público", o persona encargada de un servicio público. Esta noción resultaba relativamente ambigua por cuanto el juez necesitaba recurrir a las normas generales contempladas en el Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4a. de 1913): Reformas posteriores ampliaron el radio de acción en lo referente al delito de peculado. al incluir dentro de los eventuales sujetos activos a las personas que trabajaran para empresas o instituciones en que el Estado tuviese parte (Art. 3o. del decreto 1858 de 1951).

El decreto 3135 de 1968, expedido en desarrollo de una ley de facultades sobre reforma administrativa, introdujo la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales (art. 5o). Esa diferenciación se utilizó luego para efectos penales, aun cuando en verdad se trataba de una regulación de carácter administrativo.

El actual Código Penal optó por insertar una definición -enumeración más exactamente- de las personas que pueden ser consideradas como "empleados oficiales", para efectos penales. Este sistema resulta más adecuado, pues permite al juez siempre determinar si alguien tiene o no la calidad exigida en el tipo[24]. En efecto. el texto original del artículo 63 del Código Penal disponía:

---

[24] Gómez Méndez. Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 22-23.

"Para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público".

Con todo, no puede olvidarse que ya la Constitución Política de 1991 había cambiado la noción de "empleado oficial" por la de "servidor público", queriendo introducir la idea de que la persona que trabajaba para el Estado -en cualquiera de sus niveles- finalmente, estaba "para el servicio de la comunidad", ante lo cual poco menos que lógico resulta el contenido del artículo 123 de la Carta Fundamental, que observa el siguiente tenor literal:

"Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
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 temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su servicio" (Negrillas fuera del texto).

Por ello, cuando el Congreso de la República aprueba el denominado "Estatuto Anticorrupción", que posteriormente el Presidente de la República sanciona en la forma de la Ley 190 de 1995, no sólo se aprovecha la oportunidad para compaginar la expresión legal (la del Código Penal), con la de la Constitución Nacional, es decir, para comenzar a hablar de servidores públicos en vez de los empleados oficiales, a la manera en que lo hacía el texto original del artículo 63 del Código Penal; sino que, al mismo tiempo, se aprovecha tal oportunidad para precisar (no siempre de manera afortunada, a nuestro modo de ver, como más adelante se puntualizará), el contenido de la expresión servidores públicos.

En el momento actual, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, que de manera expresa modifica el artículo 63 del Código Penal, se tiene que:

"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 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". (Negrillas fuera del texto).

Dos son, entonces, de manera fundamental, los comentarios que amerita la disposición que acaba de transcribirse:

- El primero, que si bien es cierto que en un primer momento se trató de armonizar el texto legal (del Código Penal), con el Constitucional, para emplear la misma expresión "servidor público", no es menos cierto que, en relación con el texto Constitucional, el legal agregó, supuestamente en aras de la precisión, algunas categorías como las de "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 administran los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política", pues que –definitivamente- es claro que en su inciso primero, el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, (que modificó el artículo 63 del Código Penal), no hace más que transcribir el texto del inciso primero del artículo 123 de la Carta Fundamental.

- Y el segundo, que si bien es cierto que fueron varios los cambios que introdujo el artículo 18 de la Ley 190 de 1995 al Artículo 63 del Código Penal, no es menos cierto que hubo tópicos respecto de los cuales no se produjo ninguna variación, cual fue, por ejemplo, el relacionado con los miembros de las corporaciones públicas. Y, en cuanto a los cambios introducidos, puede decirse que ellos admiten ser sintetizados de la siguiente forma:

a.) En vez de hablarse de "funcionarios y empleados públicos" y de "trabajadores oficiales", a la manera en que lo hacía el texto original del artículo 63 del Código Penal, el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, siguiendo en ello el inciso primero del artículo 123 de la Constitución Nacional, se refiere a los "empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

b.) En lugar de referirse a los miembros de las "Fuerzas Armadas", tal como lo hacía el texto original del artículo 63 del Código Penal, el artículo 18 de la referida Ley 190 de 1995 utiliza la expresión "miembros de la Fuerza Pública", siguiendo en ello la idea introducida por el artículo 216 de la Constitución (que al emplear el término "Fuerza Pública" deja claramente establecido que, por tal, se entiende tanto las Fuerzas Militares como la Policía Nacional).

c.) Se cambia la expresión "persona que ejerza cualquier función pública así sea de modo transitorio, o estuviere encargado de un servicio público", que utilizaba el texto original del artículo 63 del Código Penal, por la de "particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria";

d.) Se agregan tres categorías, a nuestro modo de ver de una manera absolutamente innecesaria, como son las de "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", como más adelante se verá.

Contando, entonces, con tales precisiones, procederemos ahora a revisar dos temas centrales dentro de este acápite: de una parte, lo que en definitiva se entiende como Servidor Público, a partir de las reglamentaciones contenidas en el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995; y, de otra parte, la temática concerniente al Funcionario de Hecho y el Usurpador.

1. FUNCIONARIO DE DERECHO: EL SERVIDOR PÚBLICO.

Ya hemos señalado que el artículo 18 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) introdujo algunas modificaciones al texto original del artículo 63 del Código Penal, buscando compaginar las expresiones constitucionales y las expresiones legales (aspiración que, por lo demás, nos parece bastante plausible). No obstante, antes de acceder a la revisión pormenorizada de todas y cada una de las categorías contenidas en tal listado, en tanto configurativas de lo que por servidor público se entiende, debemos revisar el concepto de función pública, que es común denominador a todas ellas.

1.1. EL CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA.

La palabra función, en un primer sentido, significa manifestación externa de los atributos o propiedades esenciales de un objeto, cualquiera que sea, en un sistema de relaciones. Por ejemplo: funciones de los órganos de los sentidos, funciones del dinero, funciones del Estado. Los atributos del Estado se exteriorizan como actividad realizada para la obtención de los fines estatales según una forma determinada. Así, por ejemplo: la actividad legislativa, la actividad ejecutiva, la actividad jurisdiccional, de tal manera, pues, que allí aparecen las tres grandes funciones públicas.

Lo dicho permite inferir que la palabra función significa ejercicio de un órgano principal o subalterno, o de un mecanismo de control del Estado. En este orden de ideas, el ejercicio del órgano legislativo es una función pública. El ejercicio del órgano ejecutivo es una función pública. El ejercicio del órgano jurisdiccional es una función pública. El ejercicio del ministerio público es una función pública. El ejercicio de la contraloría es una función pública. El ejercicio del poder de que está investida la corte electoral es una función pública. El ejercicio de la fuerza pública es una función pública.

En un tercer sentido, la palabra función significa ejercicio de una facultad, de un empleo o de un oficio. De esta suerte, es función pública el ejercicio de una facultad, de un empleo o de un oficio creado por la Constitución, la ley, el decreto, la ordenanza, el acuerdo, el reglamento o simplemente asignada por autoridad oficial competente. La función pública, una vez creada, adquiere permanencia

mientras el acto creador no sea derogado, anulado o declarado inconstitucional o inexequible. De esta guisa, una persona natural puede tener el carácter de empleada permanente, o sólo estar investida de la facultad para ejercerla por un tiempo determinado y entonces será empleado transitorio. Tienen este último carácter los jurados de votación y los auxiliares de la administración pública y de la administración de justicia. Acorde con lo dicho, los funcionarios, empleados, miembros de las fuerzas armadas, miembros de las corporaciones públicas y los encargados de un servicio ejercen funciones públicas[25].

En síntesis, pues, la "Función Pública" es la exteriorización de los atributos del Estado, como actividad encaminada a un fin social, que puede comportar la prestación de servicios públicos sin que –naturalmente- pueda confundirse lo uno con lo otro.

Esa función pública, tal como lo dispone el artículo 121 de la Constitución Nacional, debe encontrarse previa y taxativamente contemplada en la propia Constitución o en la Ley ("Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley"); a tiempo que, en el campo concreto de los empleos públicos, la propia Carta Fundamental, en su artículo 122, dispone que no hay competencia que no esté sujeta a ley o reglamento, particularmente en cuanto hace referencia con sus funciones.

1.2. EL CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO.

Partiendo de la idea de que la Constitución Nacional de 1991 prefiere referirse a "servidores públicos", en vez de a los "empleados oficiales", según se concreta ello en su artículo 123, es lo cierto que para efectos de la estructuración de los delitos propios contra la Administración Pública, la doctrina distingue entre el funcionario De Derecho y el funcionario De Hecho, entendiendo por el primero, esto es, por el FUNCIONARIO DE DERECHO, aquel que ha sido designado con la plena observancia de los requisitos exigidos por las leyes[26].

Qué requisitos, entonces, debe conjugar el Funcionario de Derecho? Tal como lo recuerda PÉREZ[27], siguiendo en ello un pronunciamiento formulado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en auto de Noviembre 5 de 1958, publicado en la Gaceta Judicial, Tomo LXXXIX, pág. 575, para que se pueda hablar de Funcionario de Derecho, es menester que se conjuguen los siguientes presupuestos:

> "a) el título, emanado del nombramiento (decreto, elección, resolución), y que se perfecciona con la confirmación en los casos pertinentes, el cual se demuestra con las copias de los actos respectivos; b) la posesión, consistente en el juramento que presta el interesado de sos-

[25] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 63-64.

[26] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs 6.

[27] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 193-194.

> tener y defender la Constitución y de cumplir los deberes que le incumban (art. 251 del Código de Régimen Político y Municipal), lo que también se acredita mediante copias del documento en que ella conste; y c) la investidura, vale decir, el efectivo ejercicio del cargo, el cual puede establecerse con certificaciones de la autoridad que tenga conocimiento de ella o con los demás medios ordinarios de prueba, inclusive con los propios actos públicos del funcionario".

En tal sentido, restaría tan sólo por clarificar que ese nombramiento que como primer requisito para la estructuración del concepto de Funcionario de Derecho exige la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, puede obedecer a una mera designación, o, en su caso, puede ser el fruto del resultado de una elección: La designación es el señalamiento que para el desempeño de un determinado cargo, efectúa la autoridad o persona que cuenta con tal facultad (nominadora), en relación con otra, y que puede obedecer bien al resultado de un concurso (como sucedería, por ejemplo, en los denominados cargos de carrera), bien al puro y libre arbitrio de quien designa (como sucede en los niveles superiores de la administración central, v.gr., cuando el Presidente de la República designa los Ministros del Despacho). La elección es el resultado de un proceso democrático, en el cual se tiene como señalado para un determinado cargo o función, a la persona que ha obtenido el mayor número de votos en un certamen electoral (un alcalde, un gobernador, el presidente, etc.).

Y conforme a lo reglado en el artículo 63 del Código Penal, pueden llegar a ostentar la categoría de FUNCIONARIOS DE DERECHO, en nuestro medio, las siguientes personas:

1.2.1. *LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS.*

Aunque algún sector de la doctrina pretende distinguir entre los Funcionarios y los Empleados Públicos, cual es el caso de ORTIZ RODRÍGUEZ[28], para quien

> "Conforme al artículo 1o. del Decreto 3074 de 1968, empleado público es la persona natural nombrada de acuerdo con las normas jurídicas para ejercer un empleo público y que ha tomado posesión del mismo. Las funciones públicas que ejerce son, con respecto de las ejercidas por los funcionarios, subalternas, secundarias y esencialmente ejecutoras. Así, las personas que ejercen sus funciones en los despachos de los funcionarios son empleadas. De tal suerte que quienes laboran como subalternos en la Rama Jurisdiccional, en el Congreso, en las Asambleas y en los Concejos Municipales, son empleados públicos" (Subrayas fuera del texto),

no es menos cierto que el grueso de la misma, esto es, de la doctrina nacional, considera que se trata de vocablos sinónimos, tal como lo propone PÉREZ[29] o, inclusive, GÓMEZ MÉNDEZ[30], quien afirma:

---

[28] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 64.

[29] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 193.

[30] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 23.

> "Los conceptos de "**funcionario o empleado**" son utilizados por la legislación colombiana indistintamente, y no se trata entonces de categorías diversas. En términos generales puede decirse que funcionario o empleado público es la persona natural nombrada por autoridad pública para el desempeño de un empleo. A este respecto dispone el **artículo 6o. del Decreto 1950 de 1973:**
> "Se entiende por empleo el conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades establecidas por la Constitución, la Ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública, y que deben ser atendidas por una persona natural"." (Negrillas en el texto).

Si se habla en tiempo pasado, es por la sencilla razón de que, en atención a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 123 de la Constitución Nacional, el artículo 18 de la Ley 190 de 1995 -que modificó, como ya se sabe, el texto original del artículo 63 del Código Penal-, eliminó esa doble denominación, pues que ahora sólo se habla de empleados del Estado, desechando el vocablo funcionarios que, por tanto, es una locución que desaparece de nuestro sistema constitucional y jurídico-penal, pero que, en todo caso, seguirá siendo por nosotros utilizada a lo largo de esta obra, dado su elevado nivel denotativo.

De cualquier suerte, es claro que cuando el artículo 18 de la Ley 190 de 1995 -siguiendo en ello, como se ha dicho, el inciso primero del artículo 123 de la Constitución Nacional-, se refiere a los empleados del Estado, no solamente alude a los de nivel central, esto es, a los del orden nacional, sino también a los de los niveles correspondientes a las entidades descentralizadas territorialmente, tanto como a los de los niveles atinentes a las entidades descentralizadas por servicios.

Lo primero quiere decir que se entienden igualmente como empleados del Estado las personas laboralmente vinculadas al mismo, sea a nivel departamental, distrital, municipal o de territorios indígenas, tal como lo concibe el inciso primero del artículo 286 de la Constitución Nacional. Y lo segundo, a su turno, quiere decir que se entienden también como empleados del Estado aquellas personas que laboran en entidades descentralizadas del orden administrativo, sean del orden nacional, departamental o municipal, a las cuales dice referencia el artículo 210 de la Carta Fundamental de 1991.

1.2.2. *LOS TRABAJADORES OFICIALES.*

Refiriéndose al concepto que utilizaba el texto original del artículo 63 del Código Penal de trabajadores oficiales, la doctrina nacional coincidía en señalar que no era tarea fácil la de precisar el sentido y alcance del mismo, tal como lo postulaba ORTIZ RODRÍGUEZ, recordando que según lo dispuesto en que el artículo 5o. del Decreto 3135 de 26 de Diciembre de 1968 se tenía lo siguiente:

> "Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos con empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.
> Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Por ello, aceptando con ORTIZ RODRÍGUEZ[31] que no era tarea fácil la de la precisión del sentido y alcance del concepto de Trabajador Oficial, podríamos decir lo siguiente, pero ya en referencia al concepto de trabajador del Estado:

1.2.2.1. Que, por regla general, las personas que prestan sus servicios en el sector central de la administración son Empleados (del Estado);

1.2.2.2. Que, en relación con las personas que laboran en los Establecimientos Públicos, la regla general es la de que quienes en ellos laboren, ostentan igualmente la calidad de Empleados Públicos, y sólo, de manera excepcional, son trabajadores (del Estado) quienes se ocupan de labores que por estatutos hayan sido señaladas como susceptibles de ser desempeñadas por trabajadores oficiales[32].

1.2.2.3. Finalmente, que en relación con las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, así como en las Sociedades de Economía Mixta, el principio es el inverso: "por regla general quienes para ellas trabajan son trabajadores (...), y excepcionalmente tienen el carácter [de empleado ...] (generalmente de gerente y quienes cumplen labores de dirección, confianza o manejo)"[33].

Sobre esta materia, cabría reseñar que la Corte Suprema de Justicia, en providencia de Agosto 18 de 1995, con ponencia del Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR, invocando y ratificando otra providencia proferida por esa misma Corporación el 12 de Diciembre de 1991, con ponencia del Dr. RICARDO CALVETE RANGEL, señaló:

> "Cabe aquí traer a colación un pronunciamiento de esta Corporación que reitera aún más lo que se ha venido afirmando:
> "a.) Empleados Públicos: al tenor del inciso primero del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, tienen esta calidad, "las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos...".

---

[31] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 64.

[32] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 24.

[33] Ibídem. pág. 24.

"b.) Trabajadores Oficiales: atendiendo al inciso segundo de la disposición citada en el literal anterior, se considera como tales a "las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado...".
"En los dos casos puede haber excepciones que deben estar previstas en los estatutos, en las que laborando para un establecimiento público se tenga la condición de trabajador oficial, o perteneciendo a una empresa industrial y comercial del Estado, la de empleado público, pero de todas maneras eso **no altera la calidad de empleado oficial que esa persona tiene de acuerdo con el Código Penal**" (Negrillas fuera del texto).

Y cómo identificar, en la práctica, un Trabajador del Estado? Al respecto, ORTIZ RODRÍGUEZ[34] explica que la naturaleza de la actividad que realizan estas personas es principalmente material. Por otra parte, se enseña que los trabajadores oficiales se vinculan al servicio mediante contrato de trabajo. Así, pues, la naturaleza de la actividad que desempeña la persona y la forma de vinculación, sirven en la práctica para identificar a un trabajador oficial. En resumen, entonces, para determinar cuándo se está en presencia de un trabajador del Estado, debe atenderse a una de dos consideraciones: De una parte, al tipo o clase de actividad desarrollada, que generalmente es de índole material; y de la otra, a la forma en que dicha persona se ha vinculado a la Administración, que es por contrato, y no por nombramiento.

Lo que en todo caso es claro es que, al igual que hacíamos en relación con los empleados del Estado, puede aquí predicarse que no solamente se hace referencia, de cara a su consideración como servidores públicos, a los trabajadores del Estado del nivel central, esto es, nacional, sino que también pueden serlo a cualquier nivel de la descentralización territorial (departamental, distrital o municipal), o por servicios (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, etc., sean del orden nacional, departamental o municipal).

1.2.3. *LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS.*

Aún cuando el concepto en su enunciación es impreciso, el código se está refiriendo a **las corporaciones públicas de elección popular**. No existe en el derecho administrativo colombiano la categoría de corporaciones públicas, sino en el sentido ya anotado[35].

En este orden de ideas, pueden ser sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública, los miembros del Congreso Nacional (Arts.114 y 133 de la Constitución Nacional), de las Asambleas Departamentales (Art. 299, C.N.) y de

---

[34] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 65.

[35] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 25.

los Concejos Municipales (Art. 312, C.N.): Es claro que estas corporaciones cumplen una función pública de señalada importancia en la organización del Estado, como la de expedir normas con carácter obligatorio. Por ello resulta elemental que sus miembros -para determinados efectos, como es el caso jurídico penal- sean considerados como servidores públicos.

O, como dice ORTIZ RODRÍGUEZ[36], las personas elegidas para integrar esas corporaciones y que han tomado posesión del cargo, son los miembros a que se refiere el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995: Las demás personas que trabajan en esas corporaciones son empleados públicos o trabajadores oficiales, según el caso.

1.2.4. *LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA.*

Comentando el texto original del artículo 63 del Código Penal, la doctrina nacional sostenía que eran miembros de las Fuerzas Armadas quienes forman parte del Ejército, la Marina, la Aviación, la Policía, los Guardas de Aduanas, de Rentas Nacionales, y todos los que reciben armas para el ejercicio de su misión: Defensa Nacional, Vigilancia, colaboración en cualquier rama, especialmente en la justicia[37].

Con todo, en la medida en que ese artículo 63 del Código Penal, en su texto original, no consultaba la visión que con respecto a tales entes presenta la Constitución Política de 1991, que se refiere en su artículo 216 a la Fuerza Pública, aparece como altamente conveniente y acertada, a nuestro modo de ver, la modificación (y precisión) terminológica introducida por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995.

Por lo expuesto, actualmente puede sostenerse que media aquí un muy amplio continente para esta categoría especial de servidores públicos, en una sana conjunción de los artículos 216 de la Constitución Nacional (según el cual la Fuerza Pública se encuentra integrada "en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional), y 217 de la misma Carta Fundamental (a tenor del cual las Fuerzas Militares, a su vez, se encuentran constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, con lo que en ningún momento se utiliza ya, dentro de la Constitución Política vigente, la alocución Fuerzas Armadas).

Empero, justo será reconocer que una aparente (porque ciertamente no es real ni verdadera) contradicción se observa entre este apartado del artículo 63 del Código Penal -modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995- que hace destinatarios de sus reglamentaciones a los miembros de la Fuerza Pública, y el artículo 14 del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), que dispone:

---

[36] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 65.

[37] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 194.

> "Las disposiciones de este Código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el Derecho Internacional. También se aplicarán a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional".

Esa aparente contradicción se soluciona diciendo que el Código Penal Militar se aplica de manera preferencial, a esos militares en servicio activo, cuando la conducta se encuentre prevista, al mismo tiempo, en el Código Penal, como quiera que el primero es norma (reglamentación) especial, en relación con la segunda; y que, de otra parte, el Código Penal se aplicará en relación con esos militares en servicio activo, cuando la conducta concreta por ellos patentizada, no se encuentre prevista como punible en la ley penal ordinaria: En una palabra, queda claro que el apartado del artículo 63 del Código Penal, que hace referencia al personal de la Fuerza Pública, como destinatarios de la ley penal común, alude a aquellos casos en que no hay tipo penal expreso, y aplicable al caso, en el Código Penal Militar.

En este orden de ideas, los militares en servicio activo serán sujetos de los delitos contra la Administración Pública, con arreglo a las disposiciones contenidas en el Código Penal (Decreto 100 de 1980), en una de dos hipótesis: La primera, cuando el hecho no se encuentre previsto como punible en el Código Penal Militar, mas sí en el Código Penal Ordinario (caso en el cual se les debe aplicar este último), cual acontece con la figura de la Utilización de Asunto sometido a secreto o reserva, de que trata el artículo 155 del Código Penal, en conducta que no se encuentra prevista por el Código Penal Militar. Y la segunda, cuando cometan uno de tales delitos, sin que el mismo tenga relación con el servicio, cuando habrá de serles aplicado el Código Penal Común (siempre que, en la hipótesis contraria, esto es, que el hecho se haya cometido en relación con el servicio, la normatividad aplicable, según lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 2550 de 1988, será el Código Penal Militar).

1.2.5. *LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS.*

Por virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 190 de 1995, que se convierte, así, en desarrollo de lo dispuesto en el inciso final del artículo 123 de la Constitución Nacional (según el cual, "la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio"), se tienen como servidores públicos los "particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria".

Y no se crea que tan sólo es una forma más técnica de referirse a aquellas hipótesis a las cuales aludía el texto original del Código Penal, puesto que mientras este último hacía referencia a dos hipótesis, a saber, tanto la del caso del particular que estaba encargado de una función pública, como el del particular que estaba encargado de un servicio público (cuando se refería a "toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público"); el artículo 18 de la Ley 190 de 1995 se ocupa, tan sólo, de

una de tales eventualidades, vale decir, que un particular ejerza funciones públicas, sea ello de modo transitorio o permanente, pero no ya al caso de que se encuentre prestando un servicio público: Es claro que esta última situación, en el momento actual, y conforme a la redacción del texto legal, sólo conducirá a su consideración como servidor público en los términos y condiciones del inciso segundo del artículo 18 de la Ley 190 de 1995, en la medida en que la prestación de ese servicio público comporte el ejercicio, transitorio o permanente, de alguna función pública, pues que no se arribará a esa misma conclusión en caso contrario, como sí podía ello acontecer respecto del texto original del artículo 63 del Código Penal (al tenor del cual se llegaba a conjugar la calidad de "empleado oficial", por parte de un particular, por el solo hecho de que se desempeñara un servicio público, independientemente de que de por medio hubiese o no una función pública).

Así las cosas, dentro del concepto de "particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria", quedarían comprendidas las hipótesis de personas que sin pertenecer a la organización administrativa del Estado, cumplen funciones públicas dentro de excepcionales condiciones y, en todo caso, en forma transitoria. Tal es el caso de quienes intervienen en el procedimiento arbitral previsto en el artículo 45 del Decreto 2279 de 1989, modificatorio de los artículos 663 y subsiguientes del Código de Procedimiento Civil.

También pueden ser sujetos activos de delitos contra la administración pública, dentro de este rubro, los miembros de las juntas o consejos directivos de las llamadas entidades descentralizadas (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta), quienes, aun cuando pueden no ser servidores públicos en todos los casos, ejercen una función pública[38]. A este respecto, cabe recordar que el artículo 15 del Decreto 128 de 1976, dispone:

> ""Por cuanto ejercen funciones públicas y se hallan encargados de un servicio público y del manejo de fondos o rentas oficiales, a los miembros de las juntas o consejos que no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos, les son aplicables las disposiciones del Título III del Código Penal sobre delitos contra la administración pública. A quienes sí tengan la calidad de funcionarios o empleados públicos, se aplicarán las disposiciones penales previstas para estos".

Igual cualificación como eventuales sujetos activos de los delitos propios contra la administración pública, en tanto funcionarios de derecho, cabría proponer, en términos generales, en relación con los auxiliares de la justicia, a quienes, por virtud de lo expresamente dispuesto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, pueden llegar a imponerse tanto sanciones disciplinarias como penales, en el evento de llegar a faltar a sus deberes.

---

[38] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 27-28.

No son ya eventuales sujetos activos de los delitos contra la administración pública, en condición de intraneus, conforme a la variación introducida por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, "las personas encargadas de un servicio público", por esa mera situación, tal como lo proponía y autorizaba el texto original del artículo 63 del Código Penal, a menos que, de por medio, el hecho de estar encargado de ese servicio público aparéje una función pública.

Por tanto, no puede ya decirse, como sí se hacía en vigencia del texto original del artículo 63 del Código Penal, que tengan la categoría de servidores públicos los simples encargados de un servicio público como la educación, la sanidad, la vivienda, la energía eléctrica, los acueductos y alcantarillados, verbigracia, sin distinguir grados o posiciones jurídicas, como lo hacía la doctrina en vigencia de tal disposición[39]. Y no lo son ya, porque el Legislador Nacional pareciera haber hecho eco de las recomendaciones y críticas en su momento formuladas por GÓMEZ MÉNDEZ a tal posibilidad, a saber, la de que un particular fuere considerado como empleado oficial (en la terminología de la época) para los efectos del sujeto activo de este género de infracciones a la ley penal, por el sólo hecho de encontrarse desempeñando un servicio público.

Acertadamente, en relación con tal posibilidad, GÓMEZ MÉNDEZ[40] formulaba la siguiente crítica, la misma que ahora alcanza mayor dimensión y justificación:

> "Finalmente comprende el artículo 63 el caso de las personas "encargadas de un servicio público". Esta amplitud -que en verdad contemplaba también el Código de 1936- ha sido criticada con razón, por cuanto interpretada sin las necesarias restricciones, puede llevar al desconocimiento de la importancia del bien jurídico protegido. Es bien sabido que por la evolución del concepto de "servicio público" este se extiende hoy a actividades que antes estaban reservadas a la actividad puramente particular (actividades industriales y comerciales). Es lo que ha dado en denominarse la "crisis de la noción de servicio público". Se entiende así que el "encargado" de ese servicio público, debe serlo por el Estado y no por una persona particular"[41].

---

[39] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 194.

[40] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 28.

[41] De analizar tal problemática, con singular agudeza, se ocupó la Corte Suprema de Justicia, en providencia de Enero 23 de 1991, con ponencia del Dr. Dídimo Páez Velandia, en la cual -estudiando los eventos en que el encargado de un servicio público, para efectos penales, posee la calidad de servidor público- se presentó la siguiente reflexión:

"Es en este sentido que, para los efectos penales, la noción de empleado oficial no sólo toma en cuenta aquellos sujetos que se vinculan con el Estado mediante un contrato de trabajo, con carácter de trabajadores oficiales, o que por habérseles asignado mediante decreto, resolución o cualquier otro acto administrativo y haber aceptado el cargo y tomado posesión de él, adquieren la calidad de empleado o funcionarios públicos, o porque se pertenece, como miembro, a las Fuerzas Armadas, o a

1.2.6. *LOS FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES DEL BANCO DE LA REPÚBLICA.*

De una manera a nuestro modo de ver absolutamente superflua y antitécnica, el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 190 de 1995 incluye como servidores públicos a los "funcionarios y trabajadores del Banco de la República".

---

una Corporación Pública, sino también al particular que, aún de modo transitorio, ejerza cualquier función pública, o que se le haya encargado de un servicio público.

Por supuesto, dentro de esta complejidad de conceptos, son sin duda los de la persona que ejerce cualquier función pública y el del encargado de un servicio público, los que mayores dificultades en su determinación ofrecen. En algunas ocasiones, en tal labor, se acude al criterio de la función: si ésta puede ser reputada como pública o servicio público, el encargado de ella será empleado oficial. (...)

En otras ocasiones, se procede de modo inverso. Esto es, entendiendo que sólo pueden ejercer función pública o encargarse de un servicio público, quienes posean determinada vinculación con el Estado que lo hagan delegatario de las gestiones correspondientes a éste. (...)

La adopción de uno u otro de los criterios expuestos, con las matizaciones que los términos de su consagración legal imponen, inexorablemente conduce a incertezas en su ampliación. Es así que, en relación con el primero de ellos, la simple consideración al carácter de función o servicio público, con prescindencia de la manera como se llega a su ejercicio o se es encargado de ella, amplía las posibilidades de comprensión bajo el concepto de empleado oficial de manera tal que el sentido y funcionalidad de la disposición se pierden. Ciertamente, como lo destaca el casacionista, con tal orientación tendría que admitirse que todos los conductores de vehículo de transporte colectivo, en cuanto éste es definido genéricamente como un servicio público, poseerían la calidad de empleados oficiales, para efectos penales. Idéntica situación se presentaría con los profesores de centros de enseñanza privada, en razón al carácter de servicio público que ostenta la educación, independientemente de la naturaleza del ente llamado a prestarla. Por esta laxitud, así mismo, debe ser admitido que el usurpador, si es el puro carácter de función o servicio público lo que califica el sujeto como empleado oficial, también tendría tal condición.

La otra orientación, asumida en términos escuetos, generaría como efecto una restricción de tal alcance que haría inoperante las categorías de empleado oficial que se examinan. Evidentemente, si sólo puede ser encargado de un servicio público o ejercer una función de tal naturaleza, quien en virtud de relación jurídica específica -acto administrativo, contrato, etc.- en que el Estado les delegue una función que le es propia, de acuerdo con las muy variadas connotaciones que adquiere la noción de función y servicio público en el Estado contemporáneo, francamente quedarían por fuera de la tutela penal vastísimos sectores de la actividad administrativa.

En este sentido, es que los conceptos de "persona que ejerza cualquier función pública" o "estuviere encargada de un servicio público", en superación de los extremismos vistos, como antes fuera indicado, deben matizarse de acuerdo con los términos de su consagración legal. Por eso, establecer cuando se trata del ejercicio de una función pública o el encargo de un servicio público, como categorías de la calidad de empleado oficial, para efectos penales, impone no solo la comprobación de la naturaleza pública de la función o el servicio, sino también cómo se llega a su ejercicio o encargo por parte del sujeto. Por supuesto, esto no puede ser entendido, como de manera radical parece apreciarlo el censor, que siempre que se trate de una función o servicio público, por virtud de ella, sólo puede adquirir la calidad de empleado oficial, quien se haya relacionado con la administración por medio de una vinculación laboral. El sentido de lo expuesto, insístese, no posee tan extremo alcance: al respecto, ya fueron explicados los efectos de una tal postura. Simplemente, debe establecerse, con independencia de la naturaleza que dentro de la nomenclatura propia del derecho administrativo se dé al acto por el cual se establece el ejercicio de la función o se otorga el encargo del servicio, si dentro de las atribuciones del ente que las confiere, la función o el servicio le son propios y, si por medio de ese acto hace la delegación. En este aspecto, debe señalarse la coincidencia con el criterio del Procurador Delegado".

Superflua, porque las personas que laboran al servicio del Banco Central del Estado colombiano, en los términos y condiciones previstos en los artículos 371 a 373 de la Constitución Nacional, se entendían ya, conforme a lo previsto en el inciso primero del artículo 123 de la misma Constitución, tanto como en el inciso primero del mismo artículo 18 de la Ley 190 de 1995 que viene siendo por nosotros examinado, que ostentaban o conjugaban la calidad de servidores públicos, bien fuera porque comportasen la calidad de empleados del Estado (en el caso de los directivos) o bien fuera porque comportasen la calidad de trabajadores del Estado (en los niveles de ejecución operativa).

Antitécnica, porque si, conforme a lo expuesto, ha desaparecido de nuestro sistema constitucional la expresión funcionario público -como quedó consignado y explicado en páginas anteriores- no se ve razón válida alguna para que ahora el Legislador la repita, refiriéndose a los "funcionarios del Banco de la República", a los que perfecta y adecuadamente hubiera podido denominarse como les corresponde, esto es, como empleados del Estado.

Sea de ello lo que fuere, la crítica aquí presentada se refuerza cuando se revisa el contenido normativo del artículo 372 de la Carta Fundamental, que alude a la integración de la junta directiva del Banco de la República (si es que a ello se quería referir el Legislador, al dedicarle expresa mención a esta entidad del Estado), respecto de lo cual señala que está conformada "por siete miembros, entre ellos el Ministro de Hacienda quien la presidirá". Y con respecto a los seis cargos restantes de la junta directiva en comento, la disposición en cita contempla el cargo de gerente del Banco, "que será elegido por la junta directiva" y que hará parte de la misma; a tiempo que indica que los otros cinco miembros serán "de dedicación exclusiva" y "serán nombrados por el presidente de la República para períodos prorrogables de cuatro años", representando ellos "exclusivamente el interés de la Nación".

Se requería entonces, preguntamos, que el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 190 de 1995 hiciera expresa alusión a los "funcionarios y trabajadores del Banco de la República", como servidores públicos? A nuestro modo de ver, no. Y no se necesitaba de tal precisión, por las siguientes razones:

- De tratarse del caso de los "trabajadores" del Banco, ellos ya quedaban comprendidos dentro de la expresión "trabajadores del Estado" que contempla el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, en su inciso primero;

- De tratarse del caso de los "funcionarios" del Banco, creemos que, a más de ser una utilización indebida de un concepto ya superado por la teoría constitucional colombiana, se trataba de una categoría que quedaba ya incluida dentro de la noción de "empleados del Estado";

- Finalmente, si de lo que se trataba era de introducir una norma que hiciera expresa alusión a los miembros de la junta directiva del Banco, se tiene que, como tal, el Ministro de Hacienda ya conjuga, por ese solo hecho, la calidad de servidor

público; y que los otros seis miembros de la misma, no sólo en razón de la fuente de su designación (Junta Directiva del mismo Banco, en el caso del Gerente; Presidente de la República, en los demás casos), como de las funciones a cumplir y la teleología de las mismas (representar los intereses de la Nación), ya estaban comprendidos dentro del rubro de servidores públicos.

En conclusión, siendo claro que los "funcionarios y trabajadores del Banco de la República" conjugan la calidad de servidores públicos, no estamos nosotros de acuerdo -desde el punto de vista estrictamente técnico jurídico- con que se les haya mencionado expresamente en el texto del inciso segundo del artículo 18 de la Ley 190 de 1995, habida cuenta que ello no era menester, por encuadrar dentro del concepto general de servidores públicos contenido en el inciso primero de la misma disposición.

Tanto es ello así, que en sentencia de Abril 9 de 1997, con ponencia del Dr. Dídimo Páez Velandia, la Corte Suprema de Justicia dejó en claro que tanto dentro del texto original del artículo 63 del Código Penal, como dentro del texto reformado por la Ley 190 de 1995, las personas vinculadas al Banco de la República conjugaban la calidad de empleados oficiales (hoy servidores públicos), al señalar:

> "No cabe duda de que los procesados eran empleados oficiales (hoy "servidores públicos") y, por tanto, susceptibles de cometer delitos contra la Administración Pública, tanto con la inicial redacción del artículo 63 del Código Penal, como con la reforma que a éste hizo la Ley 190 de 1995, contratados como lo fueron por el Banco de la República en la modalidad laboral característica de esta institución bancaria, pues como acertadamente lo recuerda el Procurador en su juicioso y detallado estudio en términos que la Corte comparte y hace suyos:
>
> "Y para la época de los hechos la naturaleza jurídica de dicho banco dentro del campo de las entidades nacionales, como máxima autoridad monetaria, se encontraba definida tanto en la resolución No. 105 expedida por el Presidente de la República en la cual se aprobaron los estatutos contenidos en el Acta No. 3695 del mismo año emanada de la Junta Directiva (Capítulo I) y en el artículo 1° del Decreto 386 de 1982, en los que se definió al Banco de la República como "una entidad de derecho público económico y de naturaleza única", estableciendo además que las relaciones laborales del Banco con sus empleados "continuarán" siendo contractuales y rigiéndose por el C.S. del T., por los estatutos del Banco, su régimen interno, las convenciones colectivas y las decisiones que en esa materia tome la Junta Directiva"."

1.2.7. *INTEGRANTES DE LA COMISIÓN NACIONAL CIUDADANA PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.*

El mismo "Estatuto Anticorrupción" que introdujo varias modificaciones al Título III del Código Penal -relativo, como se sabe, a los Delitos contra la Administración Pública- se ocupa de crear, en su artículo 71:

> "...la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la corrupción, la cual estará integrada por siete (7) comisionados, quienes tendrán el carácter de servidores públicos y serán designados por el Presidente de la República, por un período fijo de cuatro (4) años. Todo ciudadano que cumpla los requisitos legales, tiene derecho a presentar su nombre como candidato a la Comisión" (Negrillas fuera del texto).

Si se revisa el contenido del artículo 73 del aludido Estatuto Anticorrupción, en donde se establecen las funciones de tal Comisión; y si se recuerda quién nombra a los integrantes de la misma, emerge sin dificultad la idea de que, al igual que con los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, se trata aquí de una categoría que no merecía la especial mención que de ella se hace en el inciso segundo el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, en tanto servidores públicos, como que atienden ellos a la propuesta general contenida en el inciso primero de ese mismo artículo.

Pero, como si lo anterior fuera poco, superfluo en grado sumo aparece que el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 190 de 1995 se refiera a los integrantes de esta Comisión como servidores públicos, cuando expresamente el mismo artículo 71 de esta ley -en la cual se crea esta Comisión- les asigna expresamente este carácter.

De paso, cabe preguntar si el hecho de que -de manera altamente antitécnica y repetitiva, como lo hemos ya expresado- los "integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción" se declaren expresamente como servidores públicos, tanto en el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 190 de 1995, como en el artículo 71 ejusdem, no aparece como contradictorio con el hecho de que, a nivel de lo dispuesto en el ordinal 3o. del artículo 72 de esa misma ley, se establezca como requisito para optar a tal comisión, el que no se conjugue la calidad de servidor público? A nuestro modo de ver, no, porque lo que está diciendo la norma es que para el momento en que una persona se postula para integrar esta Comisión, no debe ostentar la calidad de servidor público, la misma que, obviamente, asumirá cuando acceda al cargo en comento.

1.2.8. *PERSONAS QUE ADMINISTRAN BIENES O FONDOS PARAFISCALES.*

Finalmente, dentro del listado de personas que pueden llegar a conjugar la calidad de servidores públicos se encuentran aquellas que, como lo dice la parte final del inciso segundo del artículo 18 de la Ley 190 de 1995, "administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política", que no son otros que los provenientes de las "tasas y contribuciones parafiscales", esto es, las sumas de dinero que, con autorización de la ley -artículo 150. 12 C.N.-, la ordenanza o el acuerdo, puede cobrar una persona a los contribuyentes "como recuperación de los costos por servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen".

El régimen parafiscal se inspira en principios desarrollados en otras legislaciones, y particularmente en la francesa, según los cuales, al lado de las "rentas nacionales", sometidas a la inflexible disciplina de la ley del presupuesto, se implementan las "rentas parafiscales", las cuales se caracterizan por su independencia del Tesoro Público, tanto en lo que hace a su recaudo como a su administración, que fundamentalmente es de naturaleza privada. Tal como lo dispone el inciso primero del artículo 2o. de la Ley 225 de Diciembre 20 de 1995 (modificatoria de la Ley Orgánica del Presupuesto).

> "**Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector.** El manejo administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable". (Negrillas fuera del texto).

Ello quiere decir, entonces, que estas contribuciones, tomadas de un sector económico mediante la acción de la soberanía fiscal del Estado, se destinan al mismo núcleo social que las tributa. De ahí que se diga que las características de la contribución parafiscal son la obligatoriedad, la singularidad y la destinación sectorial: Obligatoriedad porque el sujeto gravado no puede eximirse del deber de pagar la contribución; singularidad porque recae sobre un grupo específico de la sociedad; y destinación sectorial, porque la contribución mencionada se revierte en el sector del cual se ha extraído.

Para ejemplificar lo expuesto, cabría citar el caso evidenciado en la Ley 101 de Diciembre 23 de 1993, conocida como "Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero", que habiendo dispuesto en el inciso primero de su artículo 29 que

> "Para los efectos de esta ley, son contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras las que en casos y condiciones especiales, por razones de interés general, impone la ley a un subsector agropecuario y pesquero determinado para beneficio del mismo",

en el inciso segundo de ese mismo artículo aclara que tales ingresos parafiscales "no hacen parte del presupuesto general de la Nación", para señalar, en el artículo 30, lo siguiente:

> "La administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno Nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas. Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a través

de sociedades fiduciarias, previo contrato especial con el Gobierno Nacional; este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración".

Y, finalmente -para los efectos ilustrativos que aquí interesa-, lo que en todo caso es claro, es que los dineros que por tal vía y de tal manera se recauden, deben aplicarse a la conformación de fondos que destinen sus rendimientos al fomento de la actividad sectorial respectiva, a través de la promoción de la investigación, la asesoría y asistencia técnica, el fomento de las exportaciones y promoción del consumo, etc. (Art. 31 de la Ley 101 de 1993), lo que potencializa el principio de destinación sectorial del cual se hablaba anteriormente.

Si se piensa, por ejemplo, en la actividad agrícola, podría situarse como ejemplo de estos dineros parafiscales una determinada contribución impuesta al sector cafetero, que revirtiese en beneficios para los vinculados a tal actividad. Y que alcanzaría el grado de servidor público -en determinación legal que no deja de ser bastante controvertible- aquella persona que administrase tales recursos (con lo cual, dicho sea de una vez, en el evento de apropiarse de los mismos, no estaría incurriendo en hurto sino en peculado), en atención a lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del artículo 18 de la Ley 190 de 1995. Ello, si se quiere, retomando en algo la idea contenida en el texto original del artículo 63 del Código Penal, según la cual eran empleados oficiales las personas que prestaban un servicio público: aquí no se trata ya, entonces, de que de por medio esté la función pública, en tanto fundamentadora de la calidad de servidor público, sino que lo que está de por medio es la prestación de un determinado servicio, que asume las calidades de público no sólo en razón del origen de los fondos con los cuales se presta, sino, también, en atención a la finalidad y destinatarios del mismo.

2. FUNCIONARIO DE HECHO.

2.1. CONCEPTO.

El funcionario de hecho es aquel que ha sido nombrado, bien por designación, bien como resultado de una elección, y que ejerce el cargo sin el lleno de las prescripciones legales que para el caso se exigen.

Cuándo y cómo puede llegar a presentarse la situación propia del Funcionario de Hecho? Para responder a tal interrogante, diremos que por dos vías o de dos maneras básicas y fundamentales, puede llegar a presentarse el fenómeno jurídico del Funcionario de Hecho:

2.1.1. La primera, cuando se trata de un nombramiento nulo, la misma que se deduce de la falta o ausencia de un requisito de forma o de fondo[42];

---

[42] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 6.

2.1.2. Y la segunda, cuando se produce la extemporaneidad en el ejercicio de su cargo, por parte del funcionario, lo que puede acontecer, a su vez, bajo dos hipótesis:

- O cuando el funcionario está ejerciendo funciones antes de que se hayan cumplido todas las formalidades legales prescritas por la ley para que ese ejercicio de la función pública se realice;

- O, en su caso, cuando el funcionario sigue al frente del cargo una vez que ha cesado el período para el cual fue elegido o nombrado.

2.2. DIFERENCIAS ENTRE EL FUNCIONARIO DE HECHO Y EL USURPADOR.

La diferencia fundamental que existe entre el Funcionario de Hecho y el Usurpador, es que mientras respecto del primero existe, cuando menos, un título putativo, esto es, un nombramiento irregular que, al menos, le da una apariencia constitutiva de la cualidad o condición de funcionario público; respecto del segundo ello no opera, esto es, no cuenta siquiera con ese título putativo, toda vez que el usurpador carece hasta de un simple título putativo que es lo menos que puede exigirse para que la persona que ejerce la función pública pueda adquirir la condición de funcionario y consiguientemente poder ser sujeto activo de este tipo de delitos[43].

Por ello, se concluye que el usurpador no es jamás un servidor público; y, por tanto, no puede ser ni sujeto activo del delito propio, ni sujeto pasivo de delito contra la administración pública: En síntesis, que un usurpador no puede ser autor material (pudiendo llegar, en su caso, a ser determinador o cómplice), de un delito propio contra la Administración Pública.

A este respecto cabría reseñar que la Corte Suprema de Justicia, en providencia de Marzo 5 de 1985, con ponencia del Dr. DANTE FIORILLO PORRAS, planteó:

> "De otra parte, para que la Corte pueda conocer de un delito cometido por uno de los funcionarios a que se refieren los ordinales 6o, 7o y 8o del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, es condición indispensable que el hecho le sea atribuido "por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o las Leyes, o por mal desempeño de sus funciones", o "en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas" o "por causas de responsabilidad", esto es, respecto de conductas previstas como punibles que se realizan dentro de la esfera de las facultades legales del empleado o con ocasión de las mismas, de suerte que mientras no exista el desarrollo, así sea deficiente, de una función oficial, no puede hablarse de comportamiento delictivo a cargo de un empleado público, lo que quiere decir que al no haber actua-

[43] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 7.

> do el denunciado como Gobernador para el momento en que presentó su libreta militar espuria, no puede predicarse de él que fuera empleado oficial y menos que ejercía entonces funciones públicas, pues hasta allí, antes de prestar juramento, actuaba como simple particular".

Por último, cabe subrayar que para el profesor LUIS CARLOS PÉREZ[44], siguiendo en ello la doctrina administrativa, son válidos los actos de los funcionarios de derecho y de hecho. La condición precaria de los segundos no cambia la denominación de las infracciones de que resulten culpables. Será siempre la administración pública la lesionada por ellos, dentro de las condiciones que establece el título que nos ocupa. En cambio, los actos de los usurpadores son inexistentes ante el derecho administrativo, pues su origen es delictuoso conforme los Arts. 161, 162 y 163 (que apuntan a sancionar, precisamente, la conducta delictual del usurpador).

[44] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 195-196.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS TIPOS PENALES EN PARTICULAR

SUBSECCIÓN PRIMERA
EL DELITO DE PECULADO

CAPÍTULO PRIMERO
GENERALIDADES

1. CONCEPTO.

En un sentido estrictamente etimológico, el término Peculado deviene de las voces latinas "Pecus" (Ganado) y "Latus" (de "Latrocinium": hurto), con lo cual se significaba el hurto de ganado: En efecto, tal como lo apunta PÉREZ[45], en la época arcaica del imperio romano, el ganado servía como medio de pago, y por ello, al responsable del ilícito apoderamiento del mismo se le privaba del agua y del fuego, antes que condenarlo a morir, sin que importara su carácter de empleado o su apartamiento de las tareas oficiales, de tal suerte que, desde tal época, el delito de Peculado evocaba el apoderamiento de las cosas, de los bienes públicos. En tal sentido, TEODORO MOMMSEN[46] explica que se llamaba **depeculatos** o **peculatus publicus**, y, por lo general, **peculatus**, el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado; y se le daba este nombre porque antes de que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase[47].

---

[45] **Pérez, Luis Carlos.** *Derecho Penal: Parte general y especial.* Tomo III. Editorial Temis, Bogotá. 1984. Pág. 197.

[46] **Mommsen, Teodoro.** *Derecho Penal Romano.* Editorial Temis. Bogotá. 1976. Pág. 472.

[47] En ese mismo sentido se pronuncia **Manzini**, cuando en nota de pié de página explica:

"Para el derecho romano el **peculatus** era el **furtum** (propio o impropio) de cosa perteneciente al Estado, considerado al lado del **sacrilegium**, es decir, del **furtum** de cosa perteneciente a la divinidad. El nombre de **peculatus**, o **depeculatus**, proviene del tiempo anterior a la introducción de la moneda, cuando el ganado (pecus) destinado a los sacrificios constituía la parte más importante del patrimonio mobiliario de la colectividad y la más fácil de transportar. Posteriormente, se entendió principalmente por peculado toda sustracción de metales o de monedas en daño del **aerarium** del pueblo romano o de otra caja pública, cometida las más de las veces (aunque no necesariamente) por los magistrados o sus dependientes. La noción de peculado abrazaba, no sólo el hurto en sentido

En un sentido más jurídico, y ya por referencia a la época actual, por Peculado se entiende, genéricamente, la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a un funcionario, que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido o establecido. Tal noción sirvió a algunas legislaciones, como en algún momento histórico lo hizo la italiana, para diferenciar el Peculado propiamente dicho, de la Malversación, entendiendo que mientras el primero era la mala aplicación de los bienes públicos, por parte de un servidor público, el segundo era la mala inversión (incluida naturalmente la apropiación) que un oficial público –como se denomina al sujeto activo calificado de este género de infracciones en la legislación italiana- o, aún, un particular, hiciere de bienes respecto de los cuales –aunque no pertenecientes materialmente a la administración- hubiere entrado en posesión por razón de su oficio o servicio, entendido el caso, en relación con el particular, de las funciones públicas que, transitoriamente, desempeñaba[48].

A ése respecto, y de manera marginal, cabría corregir una observación que formula ARENAS[49], quien comentando la legislación italiana en tal asunto, apunta:

> "Nuestro ordenamiento penal engloba en una sola disposición lo que el Código Italiano vigente considera peculado (Art.314) y malversación en perjuicio de particulares (Art. 315). La primera de las disposiciones citadas llama peculado a la apropiación que hace el funcionario, de dinero u otra cosa mueble perteneciente a la administración pública. La segunda denomina malversación la misma conducta antijurídica pero cuando se trata de "dinero o cualquier cosa mueble, no pertenecientes a la administración pública, cuya posesión tengan (los empleados) por razón de su rango o servicio". Como ejemplos de lo que

---

propio, sino también la apropiación indebida, y particularmente la del dinero debido al erario por los funcionarios contables, en la suma resultante de la rendición de cuentas (pecuniae residuae).

Manzini, Vicenzo. *Tratado de Derecho Penal. Segunda Parte: De los Delitos en Particular.* Volumen III (Tomo 8). Ediar Editores, Buenos Aires, Argentina. 1961. Pág. 4.

[48] Para los efectos ilustrativos pertinentes, cabría anotar que el artículo 314 del Código Penal Italiano de 1930 –actualmente vigente-, en su inciso primero, dispone:

"314. PECULATO- Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il posseso o comunque la disponibilitá di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria, é punito con la reclusione de tre a dieci anni".

a tiempo que el artículo 315 de la misma codificación disponía (bajo el entendido de que tal precepto fue abrogado por el artículo 20 de la Ley No. 86 de Abril 26 de 1990), en su inciso primero, observa el siguiente tenor literal:

"315. MALVERSAZIONE A DANNO DI PRIVATI. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che si appropria o, comunque, distrae, a profitto proprio o di un terzo; denaro o qualsiasi cosa mobile non appartenente alla pubblica Amministrazione, di cui egli ha il possesso per ragione del suo officio o servizio, é punito con la reclusione da tra a otto anni e con la mult non inferiore a lire duecentomila".

[49] Arenas, Antonio Vicente. *Comentarios al Código Penal colombiano: Parte especial.* Tomo II. Editorial Temis, Bogotá, 1989. Reimpresión de la Sexta edición. Págs. 29-30.

> en Italia se llama malversación podrían citarse los de apropiación de cosas secuestradas, de dineros o papeles de crédito recibidos a título de caución, o de dineros consignados para un remate, o de cosas o dineros dados en depósito para importar mercancías, etc.".

Decimos que hemos de corregir tal comentario, por la sencilla razón de que el artículo 315 del Código Penal Italiano, reseñado por ARENAS en los términos que antecede, fue abrogado por el artículo 20 de la Ley 86 de Abril 26 de 1990, atinente a las modificaciones del tema de los delitos de los empleados públicos contra la administración pública[50].

Muy seguramente, eso sí debe reconocerse, para efectos de la consideración que condujo a la abrogación del precitado artículo 315 del Código Penal Italiano, actualmente vigente, pudieron llegar a tenerse en cuenta las observaciones de MANZINI[51], para quien resultaba muy dudosa la oportunidad de la incriminación autónoma de este hecho, esto es, el peculado sobre cosas privadas (malversación), que en sustancia es idéntico al constitutivo de peculado, agregando: "Es discutible la menor gravedad relativa de ese mismo hecho, tanto más cuanto que, dada la jurisprudencia predominante, muy raras veces responde la administración pública del daño irrogado por sus funcionarios y agentes a los particulares".

Sea de ello lo que fuere, lo cierto del caso es que, adicionalmente, y a nivel histórico, algunas legislaciones han incluido dentro de este mismo título el residuis, o residuo, esto es, la no rendición satisfactoria de cuentas, dualismo que persiste en varias legislaciones modernas, incrementado a veces por extensiones que la doctrina llama "malversaciones impropias", distinguiéndolas de las propias, o sea, de las realizadas por funcionarios que sustraen caudales públicos con ánimo de apropiación definitiva.

2. ELEMENTOS GENÉRICOS DE LA ESTRUCTURA DEL PECULADO.

En relación con los elementos genéricos propios de la estructura del peculado, en todas y cada una de sus modalidades, cabe predicar lo siguiente en relación con los sujetos, los objetos y la conducta:

2.1. LOS SUJETOS.

2.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Por regla general, el sujeto activo en el delito de peculado es un servidor público, comprendiendo dentro de tal noción, aquellos dignatarios relacionados en el

---

[50] Alibrandi, Luigi y Corso, Piermaria. *I Nuovi Codice Penale e Codice di Procedura Penale.* Casa Editrice La Tribuna. Piacenza. 1992. Pág. 140.

[51] Manzini, Vicenzo. *Op. Cit.* Pág. 185.

artículo 63 del Código Penal modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, anteriormente examinado, que ostenten bien la calidad de Funcionario de Derecho, bien la calidad de Funcionario de Hecho, esto es, lo que hemos denominado el "intraneus".

Por vía excepcional, podrá llegar a considerarse como sujeto activo del delito de Peculado al "extraneus", esto es, un particular. Y tal situación podrá acontecer, se repite, de manera excepcional, en tres eventos fundamentales, cuales los siguientes:

2.1.1.1. En la hipótesis contemplada en el propio artículo 63 del Código Penal, según las modificaciones introducidas por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, cuando dispone que se considera como servidor público, a toda aquella persona que ejerce una función pública: Esa eventualidad permite, en consecuencia, que al poderse presentar el caso excepcional de que un particular, así sea de modo transitorio, pueda llegar a asumir la calidad de servidor público, para los efectos de la ley penal, y, por tal vía, pueda llegar a patentizar un delito contra la administración pública, en la forma de un Peculado, obrando como autor material del mismo.

2.1.1.2. En la hipótesis contemplada por el artículo 138 del Código Penal, modificado, a su turno, por el artículo 20 de la Ley 190 de 1995, que dice referencia al Peculado por Extensión, en donde es claro que se trata de la tipificación de la conducta del particular que "por extensión", puede llegar a patentizar, como autor material, una cualquiera de las diversas modalidades de peculado que contempla nuestra ley penal, a saber, por apropiación, por uso, por aplicación oficial diferente o culposo, en tanto ese actuar recaiga sobre uno de los bienes allí expresamente relacionados.

2.1.1.3. Finalmente, en opinión de ORTIZ RODRÍGUEZ[52] que compartimos totalmente -y como fuese ello explicado a espacio anteriormente-, puede perfectamente un particular llegar a observar la calidad de sujeto activo de un delito de Peculado, cuando conjuga la condición de determinador de un servidor público para tales propósitos:

> "La persona ajena a la administración o custodia de los bienes apropiados suele denominarse "extraneus". Este sujeto que puede ser un particular u otro empleado oficial ajeno a dichas funciones, puede determinar al "intraneus" a realizar el delito, contribuir a su realización en alguna forma y grado o prestar al autor una ayuda posterior cumpliendo promesa anterior al mismo. Dicho individuo tendrá, en el primer caso, **la condición de autor determinante o de autor mediato** y en los demás la calidad de cómplice del delito". (Negrillas fuera del texto)

---

[52] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Manual de Derecho Penal Especial*. Departamento de Publicaciones Universidad de Medellín. Medellín. 1985. 2a. ed. Pág. 68.

2.1.2. *SUJETO PASIVO.*

Distinguiendo al sujeto pasivo, como aquella persona titular del bien jurídico vulnerado, del perjudicado (aquella persona que sufre el perjuicio patrimonial derivado de la patentización de la conducta delictiva) y, aún, de la víctima (como aquella persona sobre la cual recae la acción material), hemos de decir que, sujeto pasivo en el delito de Peculado es, por regla general, la Administración Pública y, por ende, el Estado.

Ahora bien, de manera excepcional habrá que decir que los particulares pueden, también, llegar a conjugar la calidad de sujetos pasivos de estos delitos, como acontece en los casos previstos en los artículos 135 (Peculado por Error Ajeno) y 138 (Peculado por Extensión) del Código Penal, en los que perfectamente delimitada aparece tal posibilidad: Evidentemente, en tales hipótesis habrá de clarificarse que se trata de delitos pluriofensivos, entendiendo que con su materialización son varios los bienes jurídicos afectados, a saber, en el primer caso, tanto el patrimonio del particular (que sería lo mismo que protege el artículo 361 del Código Penal, referente al Aprovechamiento de Error Ajeno), como el buen nombre, la buena imagen de la administración pública (que es, precisamente, lo que justifica la introducción de un tipo penal especial, en relación con la reglamentación genérica prevista en el aludido artículo 361 del Código Penal); y en el segundo caso, a más del patrimonio de esas entidades particulares potencialmente afectadas con tales comportamientos (juntas de acción comunal, entidades de beneficencia, etc.), la buena marcha de la administración (que es, en consecuencia, lo que viene a justificar la introducción de este tipo penal, dentro del Capítulo alusivo al Peculado).

Así como puede darse el caso de que sean sujetos pasivos de estas formas delictuales, tanto la administración pública como los particulares, podríamos decir que, respectivamente, podrían ellos llegar a conjugar, igualmente, la calidad de perjudicados con la materialización de tal suerte de infracciones a la ley penal, al habérseles irrogado una afectación de índole patrimonial con la patentización de las mismas. Por tal vía, entonces, resulta pertinente sostener que, unos y otros quedan legitimados y habilitados en su respectivo caso, vale decir, cuando se les haya ocasionado perjuicios de índole patrimonial con la materialización de tales conductas delictuales, para constituirse en Parte Civil dentro del correspondiente proceso penal.

Lo dicho en precedencia viene a colación en atención al contenido normativo del inciso primero del artículo 36 de la Ley 190 de 1995, que observa el siguiente tenor literal:

> "En todo proceso por delito contra la administración pública, **será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada**". (Negrillas fuera del texto)

Ello quiere decir que, clarificando quién puede constituirse en parte civil en los procesos penales por peculado -así como en todos los que digan referencia a aten-

tados contra la administración pública-, se ha dejado sentada una doble premisa por parte del denominado Estatuto Anticorrupción: La primera, que esa parte civil estará a cargo de la persona jurídica de derecho público (Estado, en cualquiera de sus niveles; entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, en cualquiera de sus niveles, etc.); y la segunda, tanto o más interesante que la anterior, que la constitución de tal parte civil dentro de esos procesos penales, por parte de tales personas jurídicas, es algo que para ellas observa el carácter de obligatorio.

El sentido de tal obligación impuesta a las personas jurídicas de derecho público afectadas con la materialización de un delito contra la administración pública, de constituirse en parte civil dentro del respectivo proceso penal, no sería otro que el de buscar la protección de los intereses y derechos de la administración -en el caso del peculado, a través de la salvaguardia de los bienes-, como se supone que habría de hacerlo tal sujeto procesal, al propugnar por la correspondiente indemnización de perjuicios.

2.2. LOS OBJETOS.

2.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

En relación con el objeto jurídico propio del Peculado, BERNAL PINZÓN[53] señala que debe aquí distinguirse entre un objeto jurídico genérico y un objeto jurídico específico, pues que mientras el primero se encuentra representado en el interés público por el normal funcionamiento de la administración pública; el segundo, esto es, el objeto específico de la tutela penal del peculado, está constituido por la seguridad de los bienes pertenecientes a la administración pública y el deber de fidelidad del funcionario hacia el patrimonio público.

Ciertamente, esta noción habría de ampliarse para sostener que, en relación con la figura del Peculado, lo que se protege es el interés que sobre los bienes que le pertenecen de manera real o funcional (y en ocasiones meramente figurativa), conjuga la administración pública, vale decir, lo que se protege es el patrimonio público de aquellos ataques reales o potenciales que pueden ser en contra suya materializados, bien sea desde adentro (por un intraneus), bien sea, como acontece en muchas oportunidades, desde afuera (por un extraneus)[54].

---

[53] **Bernal Pinzón, Jesús.** *Delitos contra la Administración Pública.* Editorial Temis. Bogotá, 1965. Pág. 16.

[54] Más allá, todavía, a este respecto resulta sumamente ilustrativa la providencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el día 16 de Septiembre de 1997 en que, con ponencia del **Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego**, se explicó:

"... es la administración pública, conforme con la disposición y sistematización que se hace en el Libro Segundo, Título III del Código Penal, que es un interés jurídico de orden funcional, en el sentido de que lo tutelado no son los órganos administrativos o la relación de poder entre ellos, sino la

2.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

El objeto material propio del peculado está constituido por aquellos bienes sobre los cuales puede recaer la acción material o ejecutiva de la infracción. Respecto de ellos, cabe practicar algunas reflexiones en relación con la evolución histórica experimentada por la reglamentación del tema, la clasificación que admiten tales bienes y, finalmente, la caracterización que pueden ellos conjugar.

2.2.2.1. *EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.*

El Código Penal de 1936 consideraba como objeto material de este delito "los caudales u otros bienes", tal como aparece ello reglamentado en el artículo 3o. del Decreto 1848 de 1951, el mismo que, a la letra, disponía:

> "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 cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos (3.000), o en presidio de cuatro (4) a quince (15) años, cuando fuere mayor.

---

correcta función administrativa pública, como condición necesaria para que el Estado pueda enfrenar jurídicamente los conflictos sociales.

Sin embargo, no en vano el legislador clasifica los delitos contra la administración pública en diez (10) capítulos diferentes, de tal manera que la ofensa al bien jurídico llega por medios y modos diferentes, según se trate, por ejemplo, de un hecho punible de peculado, de concusión o de cohecho. Así entonces, en el caso particular del peculado, es necesario matizar el bien jurídico, en el sentido de que el ejercicio correcto de la función pública se concreta en el manejo probo de los intereses patrimoniales del Estado. Y la referencia se hace al "interés patrimonial" –no al patrimonio simplemente– para que el resguardo cubra también aquellos bienes que no son de la administración sino de los particulares, pero que deben protegerse en razón de que se hallan afectados por un acto de autoridad pública (los objetos materia del delito que custodia el fiscal o el juez), o porque dichos bienes tienen una finalidad eminentemente pública (fondos de juntas de acción comunal).

Mas, bueno es aclararlo, a pesar de los efectos patrimoniales de la protección legal y del delito, el peculado no es ni puede convertirse en un hecho punible patrimonial, pues la tutela del patrimonio económico allí está mediatizada (y no excluida) por el mayor destacamiento de la función administrativa relacionada con él. Esto es tan evidente que si un funcionario judicial es investigado por el delito de peculado, dado que se apropió de un vehículo hurtado puesto a su disposición, no sería posible negarle la constitución de parte civil al ciudadano que es dueño, poseedor o tenedor del automotor recuperado y después distraído por el servidor público.

De modo que la distinción entre delitos contra la administración pública y delitos contra el patrimonio económico, no puede conducir al desconocimiento de ciertos puntos de contacto o notas comunes entre los mismos, que no por ser tales pueden igualmente llegar a ser confundidos. Este discernimiento de ambas figuras delictivas llega a ser importante para entender lo extremada que resulta la apreciación de la fiscal apelante, cuando afirma que el Tribunal parece preocuparse más de la absolución por un delito patrimonial que de lo relativo a la administración pública, debido a la trascendencia que el fallador le otorgó a la falta de demostración del momento y el lugar en el cual se produjo la pérdida de los bienes incautados".

> Esta pena será reducida hasta en la mitad, si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente, el funcionario o empleado responsable restituyere lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio; pero si tal no hiciere sino después de iniciada la referida investigación, la pena sólo se reducirá hasta en una tercera parte, siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia". (Negrillas fuera del texto).

Comparando tal redacción con la imprimida a la actual reglamentación sobre la materia, ARENAS[55] concluye que la presente, en la cual se alude de manera genérica a "bienes", resulta más técnica y adecuada, siempre que dentro de tal concepto quedan incluidas todas las cosas que tienen valor:

> "Como el Peculado no es delito contra el patrimonio sino contra el deber de fidelidad de los empleados oficiales encargados de administrar o custodiar bienes, no vemos la necesidad de especificarlos, pues no hay ninguno exceptuado. Este hecho punible es un abuso de autoridad calificado que escapa a la norma general prevista para reprimir excesos de poder (Art. 152), a fin de sancionarlo como delito más grave contra la administración pública".

2.2.2.2. *CLASIFICACIÓN DE " LOS BIENES"* .

Si observamos la redacción dispensada por el Legislador a las diversas formas de Peculado, nos encontraremos con que, en líneas generales, salvo la excepción del Peculado por Extensión contemplado en el artículo 138 del Código Penal (que consagra unas categorías específicas de bienes sobre las que tal conducta puede recaer), los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material propia del Peculado, pueden ser de una de tres clases: bienes del Estado, bienes de empresas o instituciones en que éste tenga parte, y bienes de particulares.

A ello, en todo caso, habría de adicionarse la categoría incluida por el Peculado por Apropiación que consagra el artículo 133 del Código Penal (con las modificaciones al mismo introducidas por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995), relativa a los bienes o fondos parafiscales. Veamos:

2.2.2.2.1. *BIENES DEL ESTADO.*

Son Bienes del Estado, en los términos indicados en el artículo 664 del Código Civil, "aquellos cuyo dominio pertenece a la República". Y dentro de tal noción, debe distinguirse entre los bienes de uso público y los bienes fiscales:

Los primeros, esto es, los bienes de uso público[56] son aquellos bienes del Estado cuyo uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles,

---

[55] **Arenas, Antonio Vicente.** *Comentarios al Código Penal colombiano*: Tomo II. Parte especial. Editorial Temis, Bogotá, 1989. Reimpresión de la 6a. ed. Pág. 33.

[56] A este respecto cabría resaltar cómo la Sala de Decisión Penal de la Corte Suprema de Justicia, siguiendo en ello a la Sala Civil de la misma Corporación, ha llegado a dispensar un alcance todavía

plazas, puentes y caminos (Art. 664, inciso segundo, Código Civil). Los segundos, es decir, los bienes fiscales, son aquellos bienes del Estado cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, como que ellos están expresamente destinados al cumplimiento de los fines o cometidos oficiales.

Siguiendo lo anteriormente expuesto, el artículo 102 de la Constitución Política de 1991, dispone que, "el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación"; a tiempo que lo que comprende el territorio de la Nación se encuentra descrito en el artículo 101 de la misma Carta Fundamental (suelo, subsuelo, mar territorial, zona contigua, plataforma continental, zona económica exclusiva, espacio aéreo, segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa); y que una relación de los citados bienes públicos se encuentra en el artículo 63 de la propia Constitución.

2.2.2.2.2. *BIENES PARCIALMENTE DEL ESTADO.*

Cuando aludimos a los bienes que parcialmente son de propiedad del Estado, nos referimos a los bienes de empresas o de instituciones, en las cuales el Estado tenga parte. Y como tal expresión no es lo suficientemente comprensible, habremos de absolver dos inquietudes, a saber: de una parte, cuáles son las empresas o instituciones a las cuales nos referimos; y de la otra, cuál es el porcentaje de participación que dentro de tales entidades, ha de poseer el Estado, a fin de que se entienda que los bienes de los cuales ella es titular, son parcialmente del Estado:

2.2.2.2.2.1. *Cuáles son las empresas o instituciones respecto de las cuales puede llegar a afirmarse que el Estado tiene parte?*

Las Empresas o Instituciones respecto de las cuales puede decirse que el Estado tiene parte, no son más que las sociedades de economía mixta, esto es, las personas jurídicas formadas con capital proveniente tanto del sector público, como del sector privado: Por ello, consideramos que no encuadran dentro de esta categoría, ni los establecimientos públicos ni las empresas industriales y comerciales del Estado, en la medida en que el Estado no tiene parte en ellas, sino que son del Esta-

---

mayor a la noción de "bien de uso público", como cuando en sentencia de Septiembre 26 de 1989, con ponencia del **Dr. Jorge Carreño Luengas**, apuntó:

"Es verdad que el patrimonio nacional se compone de bienes de uso público y de bienes fiscales, conforme a la clásica división (...) pero también lo es que de acuerdo a modernas orientaciones del derecho público, la jurisprudencia civil de la Corte ha propugnado por una nueva concepción jurídica de los bienes de uso público, como fluye de este pasaje de la sentencia de 28 de Julio de 1987:

"Regresando al punto central de los bienes de uso público, ciertamente la jurisprudencia de la Corte, con apoyo en las tendencias del derecho público ha sostenido que los bienes de uso público lo son por naturaleza o por destinación jurídica y que continúan con esa calidad especial mientras sigan vinculados a la finalidad pública y en los términos en que ésta así lo exija, por consiguiente el Estado, desde que adquiere un bien para satisfacer una necesidad pública o de uso público, tal bien queda adscrito como de uso público. Y, como tal, los terceros o particulares no pueden interferir ni contrariar esa destinación"."

do, son totalmente de propiedad del Estado, por no decir que son, como acontece en algunas ocasiones, el Estado mismo.

Más aún, en nuestro sentir, coincidiendo en ello con ORTIZ RODRÍGUEZ[57], puede y debe excluirse de tal noción a las "instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia, así como las juntas de acción comunal y de defensa civil, porque esa apropiación está prevista como peculado por extensión en el artículo 138".

Finalmente, de tal noción, y por idénticas consideraciones a las consignadas en el párrafo inmediatamente precedente, habría de excluirse los bienes de las entidades que, contando con mayoría de aporte oficial, son objeto de conducta peculadora por parte de un "extraneus", como que ello también haría referencia al Peculado por Extensión de que trata el artículo 138 del Código Penal.

2.2.2.2.2.2. *Cuál la magnitud o índice de proporción, de la cual debe ser titular el Estado para que se considere que el mismo tiene parte en la respectiva entidad, de cara a la estructuración de un peculado?*

Para el Profesor ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ[58] resulta indiferente el monto del porcentaje del capital de la respectiva entidad de la cual es titular el Estado, para que en el evento de presentarse una conducta apropiadora de los bienes de la misma, desplegada por parte de un "intraneus", pueda deducirse la estructuración de un Peculado. En su sentir, lo que define la tipicidad de este comportamiento, es la calidad específica de la cual debe estar investido el sujeto activo de la infracción, sin mayores consideraciones sobre las calidades de los bienes sobre los cuales recae la materialización del respectivo comportamiento. Y por ello se pregunta:

> "Cuáles son, pues, las empresas o instituciones a que se refiere el artículo 133? Serán aquellas en que el Estado en cualesquiera de sus manifestaciones tiene parte económica o financiera y parte directiva o funcional? Serán aquellas en que el Estado tiene por lo menos el 51 por ciento del capital oficial conforme a la Ley 151 de 1959? Parece que estos interrogantes no pueden resolverse afirmativamente. Como se anotó, el artículo 133 se refiere a empresas o instituciones en que el Estado tenga parte sin necesidad de que tenga la mayor parte pero con la condición de que el sujeto de la apropiación sea empleado oficial. Si en la empresa o institución el Estado tiene la mayor parte como en algunas multinaciones y el sujeto de la apropiación no es empleado oficial, se estará en presencia del peculado descrito en el artículo 138. Conforme a esta interpretación, la conducta se ubicará dentro de los parámetros del artículo 133 cuando el sujeto de la apropiación de bie-

---

[57] **Ortiz Rodríguez, Alfonso.** *Manual de Derecho Penal Especial.* Departamento de Publicaciones. Universidad de Medellín. 1985. 2a. Ed. Pág. 69.

[58] **Ibídem.** pág. 69.

nes de empresas o instituciones en que el Estado tenga parte sea empleado oficial conforme al artículo 63. Se ubicará dentro del artículo 138 cuando tal sujeto no tenga esa condición de empleado oficial, vale decir, cuando opere como empleado particular. Así, pues, si el sujeto **tiene el carácter de empleado oficial no importa que en la institución o en la empresa el Estado tenga la mayor parte del capital, o que tenga parte directiva o funcional y parte económica o financiera. Si realiza la conducta será punible conforme al artículo 133".** (Negrillas fuera del texto).

A su turno, el profesor LUIS CARLOS PÉREZ[59] presenta una tesis -que, aunque sugestiva, no puede ser por nosotros tampoco acogida- según la cual sí es necesario atender al monto del interés social del cual es titular el Estado, con miras a establecer, en un caso concreto, si se está en frente de un Peculado o si sólo se trata de un Hurto. Son estas sus opiniones:

"Pudiera pensarse que es suficiente la participación mínima en alguna empresa, teniendo en cuenta la definición del Consejo de Estado: "Cuando una empresa particular presta un servicio público en nombre del Gobierno, por administración delegada, los empleados del servicio son públicos" (Consulta de 28 de Julio de 1941, Anales, núm. 311, pág. 197). Pero esta expresión no impone el título oficial a trabajadores de entidades en que la Nación tiene apenas una parte minoritaria.
Si la Nación suscribe menos de la mitad de las acciones en una empresa de comercio o en un banco, por ejemplo, que, de otro lado, llevan su administración completamente independiente de la actividad oficial y en ocasiones son impulsadas por capitales extranjeros, el fraude a la confianza que afectara los haberes sociales o bancarios sería delito contra el patrimonio privado, no peculado.
La expresión **en que tenga parte el Estado** ha de referirse necesariamente a los casos en que la Nación invierte más de la mitad del capital y ejerce función dirigente, y no -salvo el caso del Art. 138- cuando apenas otorga auxilios a empresas o actividades determinadas. Si no se interpretara así, la norma ganaría una sospechosa amplitud, en perjuicio de la doctrina generalmente aceptada en Colombia sobre el servicio público". (Negrillas en el texto).

Si no suscribimos nosotros tampoco tal opinión, es porque consideramos que no puede asumirse la tajante posición de que el Estado deba poseer "más de la mitad del capital", puesto que no es ese un elemento trazado por la norma (como sí se hace expresamente en el artículo 138 del Código Penal), que le está vedado al intérprete establecer por vía hermenéutica, como que, por ejemplo, nos preguntaríamos: Cuál ha de ser, entonces, la posición que se debe asumir, de cara a la determinación de si se ha patentizado un Peculado, en el caso de la apropiación de bienes, por parte de un "intraneus", en una entidad en que el Estado tiene el 34%

---

[59] Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal: Partes general y especial.* Tomo III. Editorial Temis. Bogotá. 1984. Pág. 207.

(Treinta y Cuatro por ciento) del capital, dos particulares son titulares, cada uno por su lado, del 33% (Treinta y Tres por ciento) del referido capital, con lo cual, sumados sus respectivos aportes, se tendría que sería mayor el aporte privado de capital, que el oficial?

Tal hipótesis, a nuestro modo de ver las cosas, no recibiría una adecuada solución, de atenernos nosotros a la posición del Profesor PÉREZ. Por ello, creemos que se trata de un asunto que debe ser resuelto, caso por caso, atendiendo al principio de lesividad, esto es, preguntando, en cada caso, hasta qué punto se afectó el patrimonio público con la materialización de la conducta, no solamente en atención al monto objetivo del aporte estatal, sino también, a la magnitud real del daño causado en dicho patrimonio, con la patentización de tal conducta.

2.2.2.2.3. *BIENES DE PARTICULARES.*

Los bienes de particulares, eventualmente, pueden también llegar a constituirse en objeto material del delito de Peculado, a condición de que el funcionario que observa la conducta ejecutiva del respectivo tipo penal respecto suyo, los tenga en su poder porque la administración y/o custodia de los mismos, le fueron confiadas por razón de sus funciones, tal como coinciden en afirmarlo ORTIZ RODRÍGUEZ[60] y PÉREZ[61], en conceptos que serán ampliados más adelante.

La pregunta, evidentemente, sería: Cuándo, esto es, en qué momento adquieren tales bienes de propiedad de particulares, la calidad de bienes funcionalmente del Estado? Dicho de otra manera, si es necesario que ingrese de modo formal al inventario de los bienes públicos, o si basta con la destinación a ingresar en los fondos que tienen tal carácter[62]: A tal respecto hemos de responder que, en nuestra opinión, no es necesario el ingreso formal de tales bienes, al inventario de la administración pública, ni en cuanto a dineros (contabilidad, presupuestos), ni en cuanto a bienes corporales (inventarios de existencias físicas), bastando con la destinación específica, dispensada por el particular, o, aún, la misma ley, a hacer su ingreso a los fondos o inventarios de la administración. Por ello, basta con que el particular haya hecho entrega de tales bienes al funcionario, con destino a que él hiciere su ingreso a los inventarios o presupuestos de la administración, para que se considere que tales bienes son, funcionalmente, de propiedad de la administración.

Corroborando lo expuesto, digno de tener en cuenta resulta ser el paratipo penal contenido en el artículo 665 del Estatuto Tributario, según las modificaciones al mismo recientemente introducidas por el artículo 22 de la Ley 383 de 1997, que

---

[60] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 69.

[61] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 207.

[62] Moreno Brand, William A. *Derecho Penal Especial.* Wilches Editores, Cali, 1987. Pág. 70.

establece una "responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA", en los siguientes términos:

> "El agente retenedor que no consigne las sumas retenidas dentro de los dos (2) meses siguientes a aquél en que se efectuó la respectiva retención, queda sometido a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los servidores públicos que incurran en el delito de peculado por apropiación.
> En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro del mes siguiente a la finalización del bimestre correspondiente. Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones. Para tal efecto, las empresas deberán informar a la administración de la cual sea (sic) contribuyente (sic), con anterioridad al ejercicio de sus funciones, la identidad de la persona que tiene la autonomía suficiente para realizar tal encargo y la constancia de su aceptación. De no hacerlo, las sanciones previstas en este artículo, recaerán sobre el representante legal".

Vamos a decir varias cosas en relación con esta disposición, la primera de las cuales es que la norma originalmente consagrada en el Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989), había sido declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-285 de Junio 28 de 1995, básicamente en atención al hecho de que no se consagraba un término dentro del cual debía cumplirse la obligación de consignar tales dineros, por parte de quien había practicado la retención. Por esta vía, habría de decirse que el legislador ordinario buscó satisfacer tales exigencias, con la nueva redacción que, al menos en tal sentido, imprimió a tal disposición.

Nos parece sí, en segundo término, que bastante discutible parece ser la constitucionalidad de tal norma, como que en materia penal establece una forma de responsabilidad subsidiaria: si no se ha indicado quién debe responder, entonces "se presume" que lo es el representante legal, olvidando que en materias penales la responsabilidad, en todo caso, es personalísima.

Pero en tercera instancia, si bien ese paratipo penal desestructura toda la teoría sobre el sujeto activo calificado en los delitos contra la administración pública, y particularmente, en cuanto hace referencia con el Peculado, no es menos cierto que sirve de soporte a nuestra tesis de que basta con que esos bienes tengan como destinación ingresar al inventario o presupuesto públicos, independientemente de que la consigan u obtengan.

2.2.2.2.4. *BIENES O FONDOS PARAFISCALES.*

Si bien es cierto que al comienzo de este acápite señalamos que habían, fundamental y básicamente, tres clases de bienes materiales sobre los cuales debía y

podía recaer la acción ejecutiva propia del peculado, no es menos cierto que, como decíamos anteriormente, las modificaciones introducidas por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, al texto original del artículo 133 del Código Penal, permiten hablar de una cuarta clase o categoría, a saber, la de los "bienes o fondos parafiscales", cuando en su inciso primero esa disposición señala:

> "El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, **o de bienes o de 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 ....". (Negrillas fuera del texto).

Para ser justos, a esos bienes o fondos parafiscales se había referido ya el Estatuto Anticorrupción en su artículo 18, al modificar el artículo 63 del Código Penal, cuando había señalado que también se debían tener como servidores públicos "...las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política".

Esos bienes y fondos parafiscales, como decíamos anteriormente, no son otros que los provenientes de las tasas y contribuciones parafiscales, esto es, las sumas de dinero que, con autorización de la ley, la ordenanza o el acuerdo, puede cobrar una persona a los contribuyentes como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen.

Ejemplo de lo primero -recuperación de los costos de los servicios que les presten- podría serlo un peaje en una carretera construida por un particular a partir de una concesión del Estado, pues los dineros que de tal manera recaude ese particular lo que hacen es retribuir al constructor, a título de recuperación de los servicios prestados. Lo mismo podría predicarse, igualmente, de las contribuciones parafiscales de los patronos a las empresas promotoras de salud y/o a las cajas de compensación familiar, orientados al beneficio de sus trabajadores.

Ejemplo de lo segundo -participación en los beneficios que les proporcionen- podría serlo la tasa establecida para un sector agrícola que revierte, a través de la conformación, administración y réditos de un fondo, en beneficios para sus aportantes.

2.2.2.3. *CARACTERIZACIÓN.*

Varias son las características fundamentales que deben conjugar esos bienes sobre los que recae la conducta ejecutiva propia del Peculado, en términos generales: En primer término, que ellos sean corporales y, de manera específica, muebles; en segundo lugar, que ellos deben haberle sido entregados al funcionario para su administración o custodia; en tercera instancia, que ellos deben haberle sido confiados al funcionario por razón de sus funciones; y, finalmente, que basta, en principio, con que el agente delictual tenga la disponibilidad jurídica sobre dichos bienes. Veamos:

2.2.2.3.1. *QUE SE TRATE DE BIENES CORPORALES Y MUEBLES.*

En cualquier caso, y de acuerdo con la reglamentación legal sobre la materia, es claro que esos bienes que se elevan a la categoría de objeto material de esta infracción, bien sea porque son de propiedad de la administración, bien sea porque funcionalmente entran a formar parte del inventario de la misma, deben observar dos características fundamentales, adicionales a las que se contemplan para todas las demás clases de bienes sobre los cuales puede recaer la conducta ejecutiva propia del Peculado:

- En primer lugar, se dice que debe tratarse de bienes corporales, toda vez que como lo apunta el maestro BERNAL PINZÓN[63], los bienes objeto material de la infracción en comento, pueden ser fungibles o afungibles (C.C., Art. 663) pero para que sobre ellos pueda haber una conducta de apropiación o uso indebido es necesario que tengan naturaleza corpórea: sobre una cosa incorporal no puede haber ni apropiación, ni mucho menos uso indebido.

- Y, en segundo término, debe tratarse, al menos en principio, de bienes muebles, siendo discutible el que esta conducta típica pueda recaer sobre bienes inmuebles, respecto de los cuales podría decirse que sí aparece como posible la hipótesis de "uso indebido"[64]: Así, si un funcionario que tiene la administración de una granja agrícola, de propiedad del Estado o de un departamento, la destina para pastoreo de sus propios ganados, no hay duda de que está cometiendo un uso indebido que tipifica el peculado. Lo mismo se podría decir del administrador de un inmueble de propiedad de un ente de derecho público, que da en arrendamiento parte del mismo.

2.2.2.3.2. *DEBEN HABERLE SIDO ENTREGADOS AL FUNCIONARIO, PARA SU ADMINISTRACIÓN O CUSTODIA.*

Pese a las observaciones que en su contra formula PÉREZ[65], creemos nosotros que una cosa es administrar un bien, y otra muy distinta el custodiarlo, si bien la

---

[63] **Bernal Pinzón, Jesús.** *Op. Cit.* **Pág. 19.**

[64] Cabe subrayar, al efecto, que en los términos del artículo 4° de la Ley 169 de 1896 (modificatoria del artículo 10 de la Ley 153 de 1887), se está aquí en presencia de una verdadera y real "jurisprudencia", entendiendo por tal tres fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Casación, sobre un mismo punto de derecho y en un mismo sentido, constituyendo por tanto "doctrina probable" para que los jueces la apliquen en casos análogos. Ello, porque, ciertamente, ese pronunciamiento efectuado por la Corte, en proveído de Diciembre 6 de 1982, con ponencia del Dr. Luis Enrique Aldana Rozo fue reiterado, a través de la transcripción -inclusive- del apartado pertinente de tal fallo, en proveídos emitidos por esa Corporación en Octubre 2 de 1997 (M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda) y Noviembre 3 de 1998 (M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

[65] **Bernal Pinzón, Jesús.** *Op. Cit.* **Pág. 19.**

primera podría englobar la segunda: Custodiar significa cuidar, vigilar, proteger; al paso que administrar evoca una actividad no sólo diferente, sino también más amplia, como que reportaría el invertir, el poner a producir (no solamente en sentido jurídico sino, las más de las veces, en sentido social), el aplicar a una determinada tarea productiva, a más, obviamente, de la simple custodia. Por eso, no somos enemigos, como PÉREZ, de la redacción en este punto imprimida a las normas en comento, como que consideramos que si bien siempre que se está administrando se tiene la obligación o deber, implícito, de custodiar, no siempre (por no decir que no necesariamente), cuando se está custodiando, se está administrando.

De allí que no debe extrañar, entonces, que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación penal de Diciembre 6 de 1982, con ponencia del Dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO haya expresado al respecto:

> "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 las rentas y el pago de las obligaciones". A su vez son equivalentes las acciones de guarda y de custodia empleadas por las dos disposiciones que se comentan"[66].

Y que posteriormente, en sentencia de Abril 24 de 1990, con ponencia del Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, no solo haya reiterado la providencia anterior, sino que haya dicho:

> "Desde una concepción de administración como actividad compleja, en los términos expuestos por la Corte en sentencia de casación de 6 de diciembre de 1982 (G.J. CLXX - No. 2408, Pág. 711), con ponencia del Magistrado Aldana Rozo, debe admitirse que la gestión de recaudo y manejo de impuestos, dado el mecanismo de controles a que está sometida, corre a cargo de un número plural de personas, todas las cuales poseen una genérica función de administración, dentro de los límites de sus atribuciones, sobre los dineros que por tal concepto pagan los contribuyentes. De esta suerte, como allí mismo se expone, además de los empleados de manejo pueden cometer peculado, todos los que dentro de la misma órbita funcional cumplen la tarea de administrar, señalándose como ejemplo los de ordenador, pagador, revisor, auditor, etc., si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad determinados bienes que, de otra manera, hubieran escapado a su acción.
>
> Lo anterior permite concluir que la función de la procesada al liquidar el impuesto, en el sentido de determinar el monto a pagar, y la de ex-

[66] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 207-208.

pedir el comprobante de ingreso por el pago, desde el alcance que al concepto de administración se ha dado, le permitían la disponibilidad del dinero apropiado dentro de su propia órbita funcional. Luego, si como lo dicen las personas que hicieron los pagos, ellos se cumplieron durante el proceso de liquidación y expedición del respectivo comprobante de ingreso, el hecho de su apropiación constituye peculado y no delito contra el patrimonio económico".

Más aún, digno de tener en cuenta es el criterio diferenciador en tal sentido introducido por el mismo Profesor PÉREZ[67], cuando anota que una es la administración de las sociedades o empresas y otra la conservación de sus pertenencias: Administrar es dirigir los negocios, ejecutarlos de acuerdo con los proyectos, llevarlos a buen término. Los administradores viven en ejercicio de investigación y factibilidades, de manejos y de gestiones. Lo cual implica actividad, movimiento, solución de problemas, empleo de recursos materiales y humanos. En cambio, custodia, del latín custos, custodis, quiere decir protección, patrocinio, cuidado de algo que se tiene como propio o ajeno. Por ello, agrega, la custodia no implica gestiones empresariales, desarrollo de prospectos ni permanentes emplazamientos de trabajo y previsión. Se custodia un hijo, un tesoro, un depósito, unos valores, una vivienda. La administración se desenvuelve en un rendimiento. La custodia es, preferentemente, conservación. Administran los directores de una empresa oficial o semioficial. Custodian los tesoreros, almacenistas, vigilantes y demás encargados de tareas similares.

Ahora bien, en relación con el tema de la administración y la custodia, deben ser tenidos en cuenta dos puntos adicionales:

2.2.2.3.2.1. El primero, señalado por BERNAL PINZÓN[68], según el cual la potestad o facultad del funcionario para administrar o custodiar (en los términos genéricos empleados por la actual codificación punitiva), la debe fijar la norma jurídica que rige la respectiva función adscrita al servidor público, pudiendo asumir, en algunos casos, la forma de un acto administrativo, cual sería el caso de una resolución: En todo caso, es necesario que la facultad de recaudar, pagar, administrar, etc., esté determinada por una disposición con fuerza legal; de lo contrario, el funcionario que arbitrariamente ejerce funciones de ese tipo y se apropia de lo que recauda o administra, no cometerá peculado, sino otro delito (extorsión, estafa, etc., según las modalidades de la conducta).

Que la facultad o potestad para administrar los bienes, radicada en cabeza del funcionario por razón de sus funciones, puede provenir de un acto administrativo, y no necesaria o exclusivamente de la ley, lo ha puesto de presente la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades. Así, por ejemplo:

---

[67] Ibídem. pág. 209.

[68] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 21.

- En sentencia de Septiembre 8 de 1981, con ponencia del Dr. FABIO CALDERÓN BOTERO, se dijo:

> "Las facultades de manejo en el empleado público, que son las que en este caso considera ausentes el casacionista, no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. De suerte que por medio del mandato, entiéndase como contrato o como orden, se transfieren, trasladan o delegan, total o parcialmente, esas atribuciones al mandatario, quien por el mencionado encargo las ejercita. Esto ocurrió en el asunto que se examina, pues el profesional procesado como empleado que fue de la Caja Nacional de Previsión, recibió y aceptó, en ese entonces, poder del director de esa institución para representarla en un juicio laboral donde era demandada y por tal modo quedó habilitado para disponer de todo lo concerniente con ese proceso y los bienes en él comprometidos. Disponibilidad jurídica que le permitía transigir, desistir, recibir y hasta sustituir el mandato a su criterio, determinaciones estas de tanta envergadura que no pueden menos que entrañar responsabilidad en el funcionario público que las puede tomar y que las utiliza con perjuicio del patrimonio económico del Estado".

- Igualmente, en providencia de Octubre 4 de 1994, con ponencia del Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, esa misma Corporación señaló:

> "...se estima conveniente precisarle al casacionista que en tratándose del punible consagrado en el Art. 133 del Código Penal, la Corte ha venido sosteniendo que para su configuración basta que el agente se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, cuya administración o custodia se le hubieren confiado por razón de las funciones propias de su cargo o de otras distintas que le hayan sido asignadas, así sea a través de una orden administrativa. ...
> Al efecto, en sentencia de 3 de Agosto de 1976, dijo la Corte:
> "La expresión utilizada por la ley en la definición de peculado y que dice "en razón de sus funciones", hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la Ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en sentido estricto. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en la situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inme-

diata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis en que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado".
Y sobre el mismo tema se pronunció la Corte, en sentencia de Septiembre 8 de 1981, así:
"Las facultades de manejo en el empleado público, que son las que en este caso considera ausentes el casacionista, no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. De suerte que por medio del mandato, entiéndase como contrato o como orden, se transfieren, trasladan o delegan, total o parcialmente, esas atribuciones al mandatario, quien por el mencionado encargo las ejercita" M.P. Dr. Fabio Calderón Botero"."

2.2.2.3.2.2. Y el segundo, que para que se tipifique una conducta como Peculado, es necesario que la administración o custodia (en los términos del Código Penal vigente), se haya logrado **libremente** por parte del funcionario, como que, de lo contrario, "si ha habido constreñimiento, por ejemplo, en la recaudación, lo que se da es la concusión (...) y no el peculado", llegándose a predicar que la situación de los bienes en cuanto a su administración y custodia, debe ser presupuesto antecedente de la conducta y no efecto de ella: La relación que debe existir entre el agente y los bienes que administra, recauda, guarda, etc., debe constituir **un presupuesto que antecede a la conducta**; pues si esa relación nace como efecto de la misma conducta, como consecuencia del apoderamiento, por ejemplo, no hay peculado[69].

Sobre ese particular cabe anotar que la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, en sentencia de Noviembre 18 de 1980, explicó que:

"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 una norma legal.
No está excluido el caso de irregularidad de la posesión, situación que puede tener varios aspectos, por ejemplo, cuando el funcionario es competente para entrar en posesión del bien pero no se han observado las normas legales que reglamentan esa situación, o bien cuando el funcionario no es competente para esa posesión pero ésta tiene la relación con sus funciones que se determina en seguida.
En efecto, el bien debe entrar en poder del funcionario en consideración a la función en cuanto, si no la tuviera, no se le hubiera entregado.

[69] Ibídem, pág. 21.

> De otra parte, esa posesión no es una mera relación material (directa o indirecta) entre el funcionario y el bien sino un vínculo en que está comprometida la administración pública en tal forma que cuando el funcionario dedica el bien a otro fin o se lo apropia, aquélla sufre, no solamente en su prestigio y dignidad sino en su poder de disposición del bien.
>
> El peculado es, ante todo, la violación de un deber funcional, expresión que implica que el bien ha entrado previamente al ámbito de la administración pública por conducto de uno de sus representantes y que éste ha dispuesto de él contrariando los intereses y facultades de la misma.
>
> El solo depósito de dinero y objetos en manos de un funcionario público, en razón de la buena fama del mismo, seguido de su ulterior apropiación por parte de éste, no vulnera sus deberes funcionales ni perjudica la administración pública.
>
> Pero si esos dineros pertenecen al Estado y el funcionario, aunque haya entrado irregularmente en posesión de los mismos, dispone de ellos, sí se violan los intereses y facultades de dicha administración".

A lo anteriormente expuesto habría que agregar que, buscando precisar las modalidades de la conducta, la nueva redacción imprimida al tipo penal contenido en el artículo 133 del Código Penal, según las modificaciones al mismo introducidas por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, también deben (o pueden) haberle sido entregados a ese funcionario esos bienes, para su mera tenencia, cuando en su inciso primero esta disposición señala:

> "El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o de bienes o de 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 ...". (Negrillas fuera del texto).

Nos parece, entonces, que el Legislador ha querido ser más preciso, buscando llegar hasta la acriminación de conductas previas, aparentemente menos comprometedoras, pues que ciertamente la mera tenencia de un bien, puede no comportar su custodia y, mucho menos, su administración: Lo que en todo caso tiene que ser claro, es que esa tenencia debe haberle sido confiada al servidor en razón o con ocasión de sus funciones, para que pueda configurarse el peculado (en el evento en que el servidor disponga de tal bien). De no haber ello operado así, vale decir, que la entrega en tenencia del bien al servidor no haya sido con motivo o por razón de las funciones oficiales de este último, creemos que estamos en presencia de una conducta que, estructural y fenoménicamente, se compadece más con un abuso de confianza, agravado, si se quiere, bajo el supuesto normativo contemplado en el ordinal 1o. del artículo 359 del Código Penal (que contempla una circunstancia específica de agravación punitiva para el abuso de confianza, cuando éste se mate-

rializa "abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública").

2.2.2.3.3. *TALES BIENES HAN DEBIDO SERLE CONFIADOS AL SERVIDOR PÚBLICO, POR RAZÓN DE SUS FUNCIONES.*

Recordando que una cosa es el cargo y otra muy distinta las funciones propias o inherentes al mismo, hemos de decir que la entrega de tales bienes al servidor público ha de haberse efectuado por razón de las funciones a este último confiadas, tal como se dijo en el apartado precedente. En tal sentido, PÉREZ[70] expone que con excepción del peculado por extensión del artículo 138, las demás clases de peculado se realizan por el servidor público, obrando por razón de sus funciones, y de ninguna manera cuando actúa por fuera de ellas, pues entonces el hecho cambia de denominación: Si un particular lleva dinero a una oficina recaudadora, o a cualesquiera otras especies o géneros para que le sean devueltos después de cierto tiempo o de cumplida alguna condición, y el empleado se los apropia o los gasta parcialmente, no hay peculado, sino abuso de confianza, pues los bienes no ingresan en virtud del vínculo con la administración, o para objetivos de ésta, sino debido a convenciones privadas[71].

Buscando, entonces, clarificar un poco más el concepto, acudiremos una vez más a las enseñanzas del maestro BERNAL PINZÓN[72], para decir, en relación con la expresión "por razón de sus funciones" que este elemento del peculado es lo que lo distingue fundamentalmente del abuso de confianza: La entrega para su administración, custodia o pago de los caudales u otros bienes en el peculado, debe haberse hecho por razón de la función pública; es decir, tomando en cuenta la cualidad de la persona que los administra o custodia. En cambio, en el abuso de confianza, la entrega de las cosas objeto material de la infracción, se hace por cualquier motivo, por cualquier título, sin consideración a la cualidad de la persona que las recibe a título precario[73].

---

[70] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 209.

[71] Sobre este tema, en providencia de Febrero 25 de 1991, con ponencia del Dr. Dídimo Páez Velandia, la Corte Suprema de Justicia recordó lo que esa misma Corporación había dicho en proveído de Agosto 6 de 1975, con ponencia del Dr. Federico Estrada Vélez:

"Por otro aspecto, algunas infracciones son de realización unilateral, en el sentido de que toda la conducta ejecutiva se realiza sin la colaboración ajena diversa a la de los cómplices, y en las cuales el sujeto toma los bienes u objetos, tal como sucede en el hurto, robo, abuso de confianza, el peculado, etc., mientras que otras estructuralmente son bilaterales en cuanto suponen la cooperación o colaboración del ofendido. En estos casos el agente del delito no toma, no se apodera, no sustrae ni se apropia de un bien, sino que lo hace entregar, mediante engaño o el ejercicio de la violencia física o moral, en lo que claramente puede advertirse el consentimiento del ofendido para el desplazamiento del bien, aunque ese consentimiento sea viciado y por consiguiente inválido".

[72] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 21.

[73] En proveído de Febrero 25 de 1991, con ponencia del Dr. Dídimo Páez Velandia, se recordó lo que al respecto había dicho esa misma Corporación, en providencia de Agosto 3 de 1976, con ponencia del Dr. Jesús Bernal Pinzón:

Como se ve, pues, no basta con que exista un mero vínculo material entre el agente de la infracción y el objeto material de la misma, sino que es menester que entre uno y otro medie un particular vínculo jurídico, por virtud del cual el primero (el agente), tenga en su poder el objeto material de la infracción (el bien del cual se apropia), bien sea porque así lo disponga expresamente la ley, bien sea porque así lo disponga un acto meramente administrativo, tal como se dijo por parte de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, mediante sentencia de Agosto 3 de 1976, que, a su turno, fuese reiterada en Noviembre 18 de 1980:

> "La expresión utilizada por la ley en la definición de peculado y que dice "en razón de sus funciones", hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso: no significa, pues, que tales atribuciones deben estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación del hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en una situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado".

Sea que la adscripción del bien al funcionario provenga de la ley o del acto administrativo, como acaba de verse, lo cierto del caso es que no basta con que esa relación sea meramente material, debiendo existir un vínculo jurídico entre

---

"...es incuestionable que también los funcionarios o empleados públicos pueden ser sujetos activos de esta infracción contra el patrimonio. La semejanza de las dos figuras de delito han hecho afirmar que el peculado, en su genérica configuración, no es más que una apropiación indebida cometida por un funcionario público. En la una como en el otro, y de acuerdo con el verbo rector de la conducta ejecutiva que es la de apropiación, existe el presupuesto de la posesión o tenencia, ora material, o ya afinderada a través de la disponibilidad jurídica del objeto material sobre el cual recae la conducta que consuma la infracción, tenencia o posesión que en ambas hipótesis debe ser legítima, porque si se ha obtenido a través de un medio ilegítimo, como la sustracción, el fraude, la violencia, etc., entonces la figura delictiva que se presenta no será la que implica una apropiación del bien, sino la que corresponde a la modalidad ejecutiva de la conducta descrita en el verbo..."

tales extremos (agente delictual y objeto material), de tal manera que si el servidor público se apropia de unos bienes sobre los cuales detenta una mera relación de hecho o material, surgida del ejercicio del cargo y no de la función, no se estructurará un hecho punible contra la administración pública sino, a lo máximo, contra el patrimonio económico.

Lo dicho en precedencia denota, entonces, que en punto a esta situación, han sido presentadas dos tesis extremas: una, que cabría llamar amplia, conforme a la cual bastaría con la simple relación material entre el agente y el objeto, para que la apropiación que verificara el primero sobre el segundo estructurase un peculado, no empece que dicha custodia o administración no hubiese sido adscrita en forma inequívoca por la ley; y la otra, que podríamos denominar estricta o restringida, con sujeción a la cual se postula que no basta con tal relación de hecho, siendo menester la vinculación jurídica entre sujeto y objeto (sujeto activo y objeto material)[74].

Ciertamente, esta última posición parece ser la más adecuada, como que ella no solamente encuentra sustento en la propia Constitución Nacional, sino, también, en la jurisprudencia:

2.2.2.3.3.1. Cuanto a lo primero, cabría indicar que cuando en su ordinal 1°, el artículo 122 de la Carta Fundamental señala que en Colombia no habrá ningún

---

[74] Sobre este tópico, en providencia de Abril 9 de 1997, con ponencia del Dr. Dídimo Páez Velandia, la Suprema Corte conceptuó:

"...es pertinente recordar que en sentencia de Julio 15 de 1982 esta Sala reiteró (M.P. Luis Enrique Romero Soto) que no solo las personas a quienes la ley ha encomendado de modo expreso la custodia o administración de un bien del Estado, puede cometer peculado, sino "las que lo reciben en consideración a sus funciones" y "dispongan de él en modo que implique ejercicio, en alguna forma, de ellas", y que la disposición del bien no le hubiera sido posible a la persona si ésta no desarrollara, así fuere de manera temporal, esas funciones.

Posteriormente, en sentencia de 6 de Diciembre del mismo año (M.P. Dr.Luis Enrique Aldana Rozo), refrendó la Corte esa postura, precisando que las referidas funciones del empleado oficial pueden provenir también "de un reglamento, de una resolución, de una orden o de cualquier regulación proferida con poder vinculante por la competente autoridad".

Esos criterios fueron ratificados en sentencia de abril 17 de 1995 (M.P. Dr.Juan Manuel Torres Fresneda), cuando, para sostener el delito de peculado, dijo que "...no resulta posible pretender que esa tenencia, por breve que ella fuese, se deba en este caso de manera accidental, sino dentro de un desempeño funcional mediante el cual se ejercitaba de modo compartido ese deber legal -se insiste- de custodia".

Es claro entonces que la tenencia del dinero por parte de los procesados fue calificada sólo por razón de su función, cumpliéndose así el presupuesto de la conducta constitutiva de la apropiación de que habla el peculado, pues el dinero se les confió con el específico fin de destruirlo, para lo cual debían verificar la exactitud de lo que se les entregaba, que esa y no otra era su función; y mientras esta destrucción no se llevara a cabo, su obligación era restituirlo a su legal poseedor -el Banco- en las mismas condiciones en que lo habían recibido, porque seguía conservando el valor monetario correspondiente: vale decir, lo recibieron en custodia, tal como lo prevé la ley penal en su Art. 133 al describir la figura delictiva".

empleo "que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento", tácitamente está indicando que sólo una relación funcional estricta permite estructurar el tipo penal en comento.

2.2.2.3.3.2. Cuanto a lo segundo, bien podríamos decir que en varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado acogiendo la tesis estricta, como en las siguientes:

- En sentencia de Diciembre 6 de 1982, con ponencia del Dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, se consignó:

> "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 o administración se le hayan 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 aquél y estos, que supera el simple nexo material para ubicarse en la órbita de lo que doctrinalmente se ha dado en llamar la disponibilidad.
>
> Un concepto amplio de administración supone, pues, que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumplen la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien, podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el revisor, el auditor, el almacenista, pues a todos ellos compete, dentro de los límites propios de sus atribuciones, la genérica función de administrar".

- En fallo de Abril 17 de 1995, con ponencia del Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, se practicó la siguiente exposición:

> "Para otorgar a este aspecto la respuesta que la formulación de las demandas requiere, y sin que el tema planteado implique novedad, vale la pena recordar que el criterio de la Sala en el análisis de la relación entre la función del empleado y la tenencia y disponibilidad del bien que se distrae, ha precisado ya de antaño que la expresión legal "en razón de sus funciones" utilizada en la definición del peculado no significa
>
> "...que tales atribuciones deben estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación del hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en una situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de pe-

culado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.
....Se necesita, para que haya peculado, una más directa referencia a las funciones del empleado.
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 una norma legal" (sentencia de Agosto 3 de 1976).
En sentido parejo, en fallo de Noviembre 18 de 1980 se reiteró que en el delito de peculado "...No es necesario que las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., estén antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal. Basta que la facultad de disponer del bien del cual se hace mal uso, surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función".
Y en decisión de Julio 15 de 1982 todavía se precisó que
"...de acuerdo con repetidas doctrinas de esta Sala, no solo aquellas personas a quienes la ley ha encomendado de modo expreso la custodia o administración de un bien del Estado pueden cometer el delito de peculado, sino, como lo expresa la sentencia, cuyos apartes ha transcrito el actor, las que lo reciben en consideración a sus funciones.
O sea que se requieren tres condiciones fundamentales para que se tenga que responder penalmente por la apropiación o aplicación oficial diferente del bien: que el agente sea un funcionario o empleado público, o como dice el Código Penal vigente "empleado oficial", que se le haya entregado un bien en administración o custodia en razón o con relación a sus funciones y que disponga de él de modo que implique ejercicio, en alguna forma, de ellos.
Respecto de esta última condición hay que decir que no se requiere una disposición del bien expresamente autorizada por la ley, es decir, una actividad manifiestamente atribuida al agente como parte de sus funciones, sino que basta que la disposición esté relacionada en tal forma con la función que aquélla no hubiera sido posible sin ésta".

- Finalmente, en cuanto a lo que aquí interesa, cabría anotar que en providencia de Mayo 17 de 1995, con ponencia del Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, se puntualizó:

"En consecuencia, si el delito de peculado por apropiación precisa como condición de punibilidad que los bienes cuya administración o custodia se hayan confiado a empleado oficial por razón de sus funciones sean aprovechados por él o por un tercero, síguese que esta ilicitud no se configura cuando tales bienes han sido objeto de extravío o sustracción sin el concurso del empleado, porque en tales condiciones no habría mediado entonces actos de improbidad o de infidelidad a la confianza que el Estado le ha dispensado en el manejo de bienes de carácter oficial o particular, sino circunstancias ajenas a su voluntad".

2.2.2.3.4. *BASTA, EN PRINCIPIO, CON QUE EL AGENTE DELICTUAL TENGA LA DISPONIBILIDAD JURÍDICA SOBRE LOS BIENES.*

Contrario a cuanto se piensa generalmente, no es necesario que los bienes que constituyen el objeto material de la infracción en comento, los tenga el servidor público con una tenencia material o directa, como que puede existir en relación con tales bienes la llamada disponibilidad jurídica, es decir, como indica BERNAL PINZÓN[75], aquella posibilidad de libre disposición que por virtud de la ley tiene el servidor público: Se habla, por eso, como lo hace PÉREZ[76], de una relación jurídica que se crea entre el administrador y los efectos públicos, indicando así que poco importa la ubicación de estos, siempre que el responsable lejano pueda ejercer el acto de autoridad respecto de esas cosas. En otros términos, no solo existe una disponibilidad inmediata, sino la mediata, comúnmente denominada disponibilidad jurídica, siempre que entre las funciones del servidor se determine exactamente la de disponer de las cosas.

En síntesis, es suficiente la capacidad para disponer de los bienes, así sea por interpuesta persona, siempre y cuando ello aparezca como una consecuencia directa de la función jurídica desempeñada por el agente delictual, para que pueda predicarse la disponibilidad de los bienes por parte suya. Evidentemente, lo que se incrimina es el fraude cometido por razón de los deberes propios, y no el fraude por razón de una función pública general, como que, por ejemplo, se correría el peligro, con base en el numeral 20 del artículo 189 de la Constitución Nacional, según el cual es función y deber del Presidente de la República, "velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes", el que se hiciere a aquél responsable, de todas las acciones u omisiones punibles en el campo de los delitos contra el Patrimonio Público, patentizadas por parte de sus subalternos, quienes sí tienen la disponibilidad material, inmediata, sobre tales bienes.

La respuesta a tal interrogante vendría dada, para el caso concreto que nos ocupa, en los artículos 122 y 211, inciso segundo de la Constitución Nacional, con fundamento a los cuales se colige que la práctica no origina funciones públicas[77]: El primero, que establece que "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento"; y el artículo 211, inciso segundo, de la Constitución Nacional, según el cual:

> "La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquél, reasumiendo la responsabilidad consiguiente"[78].

---

[75] **Bernal Pinzón, Jesús.** *Op. Cit.* Pág. 23.

[76] **Pérez, Luis Carlos.** *Op. Cit.* Pág. 213.

[77] **Ibídem.** pág. 221.

[78] Sobre ese particular, la HH Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse en proveído de Abril 4 de 1994, con ponencia del Dr. Jorge Enrique Valencia M., cuando explicó:

Por ello, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, en la ya citada sentencia de Septiembre 8 de 1981, ha expresado:

> "Las facultades de manejo en el empleado público, que son las que en este caso considera ausentes el casacionista, no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. De suerte que por medio del mandato, entiéndase como contrato o como orden, se transfieren, trasladan o delegan, total o parcialmente, esas atribuciones al mandatario, quien por el mencionado encargo las ejercita. Esto ocurrió en el asunto que se examina, pues el profesional procesado como empleado que fue de la Caja Nacional de Previsión, recibió y aceptó, en ese entonces, poder del director de esa institución para representarla en un juicio laboral donde era demandada y por tal modo quedó habilitado para disponer de todo lo concerniente con ese proceso y los bienes en él comprometidos. Disponibilidad jurídica que le permitía transigir, desistir, recibir y hasta sustituir el mandato a su criterio, determinaciones estas de tanta envergadura que no pueden menos que entrañar responsabilidad en el funcionario público que las puede tomar y que las utiliza con perjuicio del patrimonio económico del Estado".

Lo dicho en precedencia, consecuencialmente, querría decir varias cosas, como las siguientes:

- En primer lugar, que quien detenta la disponibilidad jurídica sobre el bien, puede incurrir en peculado, así no cuente con la disponibilidad material directa, que puede satisfacer a través de un subalterno o dependiente.

- En segundo término, que naturalmente puede incurrir en peculado –y con mayor facilidad las más de las veces, si se quiere- quien cuente con la disponibilidad material del bien sobre el cual recae la conducta ejecutiva propia de esta figura delictual[79].

"6. En las anteriores condiciones, esto es, si el ex Presidente del Senado había delegado la función de vigilancia de cumplimiento de los contratos referidos, tanto en los Jefes de las Secciones a las que fueron asignados algunos de los profesionales vinculados al Senado contractualmente y en su Secretario Privado, respecto de los adscritos al despacho de la Presidencia de dicha Corporación, razonable es deducir que no se estructura hecho punible, pues frente a la delegación de esta específica función, no existía en este punto, deber legal susceptible de ser omitido, rehusado, retardado o denegado por su parte. De igual manera, si en las oportunidades en que visó algunas de las constancias indispensables para el cobro de los servicios, lo hizo porque la persona encargada de la vigilancia –su Secretario Privado- previamente las había revisado y aprobado, esta nueva conducta tampoco puede entrañar vulneración de la ley penal, porque se enmarca jurídicamente dentro de la delegación de la función a que ya se hizo referencia".

[79] Precisamente por ello, en proveído de Noviembre 12 de 1997, con ponencia del **Dr. Ricardo Calvete Rangel**, la Corte Suprema de Justicia pudo indicar:

"El yerro del Procurador Delegado además está alimentado por la creencia infundada de que la secretaria no tenía posibilidad de disposición porque a quien correspondía autorizar su pago era exclusivamente al Juez, con lo cual confunde dos conceptos que son diferentes, a saber: a) la disponibi-

- Y, en tercera y última instancia, que el peculado patentizado por quien tiene la disponibilidad material del bien, no comporta automáticamente la estructuración de esta conducta punible por parte de quien cuenta, al mismo tiempo, con la disponibilidad jurídica del mismo, salvo que opere un evento de coautoría o se conjugue una infracción al deber objetivo de cuidado -culpa in eligendo o culpa in vigilando- por parte de este último, confluente con el actuar doloso de aquél[80].

2.3. LA CONDUCTA.

En relación con la conducta ejecutiva prevista para el peculado, puede decirse que ella puede observar, sintéticamente, una de cinco formas, según la respectiva clase de peculado de que se trate. En efecto, la conducta ejecutiva del peculado por apropiación consiste, precisamente, en apropiarse; la del peculado por uso, en

---

lidad jurídica hace relación a que para la comisión del peculado no es necesario que el servidor público tenga directamente la tenencia material del bien, sino que basta que en razón de sus funciones tenga la facultad de disponer jurídicamente del mismo, pues empleando ese poder puede llegar a la apropiación en provecho suyo o de un tercero; y b) cuando el funcionario tiene o interviene en la custodia material del bien, y a ella ha llegado por razón de sus funciones, esa relación lo ubica en situación de ejercer un poder de disposición sobre el mismo por fuera de la vigilancia del titular de un poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en el delito de peculado, sin que sea necesario que además posea la disponibilidad jurídica".

[80] En sentencia de casación proferida el día 2 de Octubre de 1997, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, la Máxima Corporación de Justicia postuló:

"En la configuración del delito de peculado por apropiación, la circunstancia modal que con el vocablo "administración" describe el vínculo entre el sujeto agente y el objeto material del hecho punible, no circunscribe el proceder delictual a la emisión de un "acto administrativo" con validez jurídica ni a la participación exclusiva y excluyente de una sola persona, pues la expresión tiene un sentido amplio gramatical, como que involucra a todos aquellos que intervienen y participan permitiendo la ejecución compleja de la función pública.

Bajo una óptica general, la ejecución dentro de la organización estatal se cumple por todos los servidores públicos, así le corresponda a cada uno un grado de participación diverso, relacionado con su función específica asignada, pues lo que cabe reconocer es la imposibilidad de que un solo funcionario pueda realizar íntegramente una gestión determinada. Por lo tanto, como esa administración se debe cumplir en los términos y condiciones impuestas para ejercer las obligaciones propias del respectivo cargo, su desvío en materia de patrimonio estatal, bien puede conducir a la comisión por una pluralidad de personas, de un delito de peculado. Entonces, no se trata de un delito de exclusiva comisión de aquellos funcionarios a quienes la ley en sus diferentes manifestaciones ha asignado la específica función de suscribir los "actos administrativos", sino que en él pueden incurrir otros servidores públicos que intervienen en la compleja y amplia actividad de la administración pública (preparando, revisando, conceptuando, liquidando, ordenando, ejecutando, etc.), siempre que actúe por razón de sus funciones, y ellas guarden una relación determinante sobre el resultado relevante.

Para el caso de (B) se afirma que no le fueron entregados bienes del Estado para administrar, y que por ello carecía de disponibilidad sobre ellos. Pero con tal aserto se pretende ignorar que la disponibilidad jurídica no exige un contacto material o directo con los bienes objeto de la distracción. De no ser así, los únicos servidores públicos que podrían cometer un delito de peculado por apropiación sobre dineros del erario, serían los ordenadores del gasto, o los pagadores o tesoreros encargados de emitir títulos valores, lo que ignora que a la efectividad de la gestión pública concurre toda una gama de empleados, sin cuya participación resultaría imposible la distracción punible".

usar o permitir usar; la del peculado por error ajeno, en apropiarse o retener; y la del peculado por aplicación oficial diferente, la de dar esa aplicación oficial diferente.

Un poco más compleja, eso sí, podría ser la descripción de la conducta ejecutiva prevista para el Peculado Culposo, pues que en tal tipo penal la conducta no consiste en extraviar, perder o dañar los bienes de la administración (pues que ello evocaría un actuar doloso, lo que no se compadecería con el contenido mismo de la norma: Art. 137, Código Penal), sino en actuar culposamente respecto de los bienes que se le hayan confiado por razón de sus funciones, de suerte tal que tal actuar culposo derive en la materialización del resultado que comporte el extravío, la pérdida o el daño de los aludidos bienes. Al fin de cuentas se trata de un tipo penal abierto y de resultado, como en su momento habrá de explicarse.

Ahora bien, no creemos que el tipo penal previsto en el artículo 138 del Código Penal comporte conducta ejecutiva autónoma alguna, como que la misma norma dispone que ella es aplicable respecto de una cualquiera de las conductas previstas para las restantes formas de Peculado, tal como lo indica el inciso primero del artículo 138. Por ello, entonces, decimos que son tan solo cinco las formas de conducta contempladas en nuestra ley penal para el peculado.

3. EL PERJUICIO EN EL PECULADO.

Como regla general, siguiendo en ello a PÉREZ[81], diremos que en el peculado la tutela no consiste exclusivamente en el fraude a la función, sino también en el daño real o, por lo menos, potencial, que ocasione el agente delictual, aunque ello no se mencione expresamente en el respectivo tipo penal: Es evidente que, conforme al principio de Lesividad que encuentra su fundamento en el artículo 4o. del Código Penal, no basta con que la conducta sea típica para que sea punible, sino que ella debe comportar algún sentido de lesividad para el bien jurídico tutelado. Y si el bien jurídico tutelado, a más de la buena marcha y el buen funcionamiento de la administración, es el patrimonio de esa misma administración, debe afectarse, real o potencialmente, ese objeto jurídico, como que, de lo contrario, no podría decirse que la conducta es antijurídica.

Por consiguiente, no son punibles, cuando presentan un tal defecto, aquellos comportamientos que ni siquiera de manera potencial afectan ese bien jurídico, llegándose así a estructurar la teoría de los peculados inocuos, entendiendo por tales[82] aquellos en que la conducta no ocasiona perjuicio a la administración oficial:

> "Cuando el objeto material está representado en bienes, que, como quedó indicado, no pueden dejar de tener contenido económico, forzoso es indagar si esos bienes se administran debidamente, o si perma-

[81] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 224.

[82] Ibídem, pág. 225

necen donde deben estar, o si, por el contrario, fueron desplazados con fines de apoderamiento o uso ilegal. Si nada de ello ha acontecido, si los bienes continúan sin disminución, no existe delito porque falta un elemento primordial: la lesión a otro.

La ley exige que el empleado oficial o un tercero se beneficien con la apropiación o con el uso, que obtengan un provecho. No se entiende cómo puede existir aprovechamiento si no concurre, como contrapartida, el prejuicio para la administración. Los dos resultados son inseparables".

CAPÍTULO SEGUNDO

PECULADO POR APROPIACIÓN

0. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 133 del Código Penal, con las modificaciones al mismo introducidas por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, se tiene que el Peculado por Apropiación se encuentra reglamentado de la siguiente manera:

> "El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o de 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 (1/2) a las tres cuartas (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 (1/2)".

Lo anterior quiere decir, a la vista del texto original del Código Penal, que fueron varias las modificaciones introducidas a esta disposición, por el denominado "Estatuto Anticorrupción" contenido en la Ley 190 de 1995.

En efecto, si se recuerda que el texto original del artículo 133 del Código Penal indicaba:

> "El empleado oficial que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a diez (10) años, multa de un mil a un millón de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.
> Cuando el valor de lo apropiado pase de quinientos mil pesos la pena será de cuatro (4) a quince (15) años de prisión, multa de veinte mil a

> dos millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a diez (10) años".

se colegirá que varias han sido las variaciones que conjuga en el momento actual el artículo 133 del Código Penal -esto es, considerando la reglamentación contenida en el artículo 19 de la Ley 190 de 1995-, en relación con el texto que originalmente observaba el mismo, las cuales que admiten ser sintetizadas de la siguiente manera:

0.1. La primera, de corte más accidental que sustancial, a través de la cual se ha buscado adecuar el texto legal con el texto constitucional en cuanto hace con el sujeto activo de la infracción, como que -según fue ello analizado en precedencia-, en vez de hablarse ya de "empleado oficial" se prefiere la denominación de "servidor público".

0.2. La segunda, y si se quiere, la más significativa, que de dos hipótesis comportamentales, tal como lo preveía el texto original del artículo 133 del Código Penal (menos de quinientos mil pesos, inciso primero; más de quinientos mil pesos, inciso segundo), se ha pasado a la consideración de tres hipótesis comportamentales, siempre teniendo como referencia la cuantía de lo indebidamente apropiado: una, prevista en el inciso segundo, cuando el valor de lo apropiado no supera los cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes; otra, la segunda, contemplada en el inciso primero, cuando el valor de lo apropiado oscila entre cincuenta y doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes; y una más, la tercera, contenida en el inciso tercero de la disposición en comento, cuando el valor de lo así indebidamente apropiado supera los doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

0.3. La tercera, que modificando el listado de objetos materiales sobre los cuales puede recaer la conducta ejecutiva propia de esta forma de peculado -tal como se explicó en páginas precedentes- se incluyen ahora los "bienes o fondos parafiscales".

0.4. La cuarta, que se amplía el supuesto fáctico bajo el cual le fue entregado a ese funcionario el bien del cual posteriormente se apropia, como que ahora, a más de la posibilidad de que se encuentre administrando o custodiando el bien, se agrega la posibilidad de que meramente conjugue una tenencia en relación con el mismo (lo cual fuese ya por nosotros igualmente comentado).

0.5. Y la quinta y última, que se incrementa considerable y notablemente el quántum de la pena eventualmente imponible, en comparación con la que se preveía originalmente en el Código, teniendo en cuenta el monto o valor de lo apropiado, como si con el incremento de las penas pudiera solucionarse el terrible problema de criminalidad que agobia a nuestro país.

Lo que en todo caso ha de ser claro, es que en ningún momento la tantas veces mencionada Ley 190 de 1995 creó un nuevo tipo penal en cuanto hace con la figu-

ra del "Peculado por Apropiación" sino que, tan solo, se limitó a modificar uno ya existente, como que así lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia, en proveído de Febrero 24 de 1998, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, al decir:

> "Ahora bien, el procesado M.H.N., aparece condenado por un concurso material homogéneo de delitos de peculado por apropiación, por lo que no es procedente aplicar el art. 72A de la Ley 415 de 1997, como lo pregona el postulante.
> En efecto, de manera expresa el precepto normativo invocado excluye del beneficio los delitos previstos en la Ley 190 de 1995 con lo que no está introduciendo una diferencia entre el delito de peculado descrito en el Código Penal y aquél que se reprime en la citada Ley Anticorrupción, pues lo que ésta hizo no fue crear un nuevo tipo penal, sino introducir algunas modificaciones a la estructura y punibilidad de este tipo penal, sin variar su nombre ni su ubicación dentro del Código Penal lo que se confirma con la redacción que utiliza el legislador "art. 19. El art. 133 del Código Penal quedará así...""

Contando, entonces, con esas premisas, accedamos al análisis de esta figura delictual, desde la perspectiva de los elementos genéricos del tipo.

1. ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

1.1. LOS SUJETOS.

Debe ser ya algo claro, para esta altura de la exposición, que el sujeto activo propio de este tipo penal ha de ostentar la calidad de servidor público, en los términos y condiciones del artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995: Por ello, no sólo se sostiene que es este un tipo penal de sujeto activo propio o calificado, sino que, por tal vía, se colige que un particular ("extraneus") no puede llegar a ser autor material -que sí, eventualmente, según ya se vio, sujeto activo en calidad de determinador- de esta infracción, aunque ello, vale decir, la conjugación de tal calidad sí podría llegar a darse por parte de un funcionario de hecho.

Por otro lado, y ya desde el punto de vista del sujeto pasivo de esta forma de infracción a la ley penal, habrá de decirse que el mismo se encuentra representado por el Estado, en tanto titular del bien jurídico aquí protegido, que no es otro, como se ha dicho ya, que la administración pública (habiéndose ya establecido, igualmente, quién puede llegar a constituirse en Parte Civil dentro del correspondiente proceso penal, a nombre o en representación de la aludida administración pública).

Evidentemente, esta última situación no excluye la posibilidad de que un particular pueda llegar a conjugar, de manera conjunta con la propia administración pública, el carácter de perjudicado con la materialización de esa infracción, en que aquellos eventos en que haya sido él el titular de los bienes sobre los cuales recayó la conducta ejecutiva del apoderamiento (como sucedería en aquellos eventos en

que el Peculado por Apropiación recae sobre bienes de propiedad de particulares, cuya administración, tenencia o custodia le fue entregada por razón de sus funciones), entendiendo que se trata aquí de un tipo penal pluriofensivo.

1.2. LOS OBJETOS.

1.2.1. *JURÍDICO.*

Refiriéndose al Objeto Jurídico del Peculado, BERNAL PINZÓN[83], señala que es necesario distinguir entre el Objeto Genérico, consistente en el interés público por el normal funcionamiento de la administración pública, y el Objeto Específico de la tutela penal del Peculado, que está constituido por la seguridad de los bienes pertenecientes a la administración pública y el deber de fidelidad del funcionario hacia el patrimonio público. Por lo tanto, agrega, el interés protegido no tiene un carácter meramente patrimonial, en cuanto el legislador consideró como preeminente la consecución de la actividad funcional, que se viola todas las veces que el funcionario invierte el título de la tenencia y aprovecha para sí o para un tercero los bienes que posee por razones del cargo o la función.

Ahora bien, dentro de ese Objeto Específico es dable distinguir entre un Objeto Jurídico Específico Objetivo, y un Objeto Jurídico Específico Subjetivo, en los siguientes términos:

El primero, esto es, el objetivo, estaría constituido por la seguridad de los bienes de la administración pública, a tiempo que el segundo, es decir, el subjetivo, aludiría a tres aspectos referidos al funcionario, a saber: La lealtad para con la administración; la probidad del funcionario hacia el patrimonio; y, finalmente, el deber de fidelidad del funcionario con relación al patrimonio público.

Llega a tal punto el nivel de exigencia de estos deberes de probidad, lealtad y fidelidad del servidor público para con la administración, que difícilmente la apropiación que de los bienes que real o funcionalmente le pertenecen a la administración verifique un servidor público, podrá ser exonerada dentro de los límites de un estado de necesidad. Así por lo menos lo planteó la Corte Suprema de Justicia en proveído de Julio 15 de 1998, con ponencia del Dr. RICARDO CALVETE RANGEL, cuando sentenció:

> "3. Seguramente ante la clara imposibilidad de argumentar seriamente el estado de necesidad como causal de justificación, el cual fue desestimado con argumentos contundentes por los juzgadores de instancia, el censor opta por una alternativa francamente absurda, como es pretender que se acepte que su poderdante obró en cumplimiento de un deber legal, lo cual en una de las formas de entenderlo equivale a decir que es un deber legal apoderarse de dineros del Estado para pagar

---

[83] Bernal Pinzón, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública.* Editorial Temis. Bogotá. 1965. Pág. 16.

el tratamiento médico de un hijo enfermo. Olvida que la justificante se presenta cuando el sujeto realiza una conducta jurídicamente obligatoria, y no es obligatorio incurrir en un peculado por noble que sea la finalidad en la cual se va a emplear el producto.
Ahora bien, de otra forma, es un deber de los padres velar por la salud de los hijos, pero el cumplimiento de dicho deber no conlleva autorización para apoderarse de bienes ajenos, de manera que si el padre incurre en ese comportamiento debe responder penalmente, especialmente si, como en el caso en estudio, cuenta con suficientes recursos propios. En circunstancias muy excepcionales regladas por la ley, la justificante que se podría aducir sería la del estado de necesidad, que como ya se dijo, en este proceso fue correctamente desechada.
4. Finalmente, la aspiración de que se califique como socialmente adecuado que para evitar tener que disponer de recursos propios que le desmejoren su status social, un servidor público puede apropiarse de bienes del Estado para atender el tratamiento de su hijo vicioso, es algo tan insólito y carente de fundamento lógico-jurídico, que no es serio siquiera pensar que haya comunidad en el mundo que lo acepte".

1.2.2. *MATERIAL.*

Es claro que el Objeto Material del Peculado por Apropiación, se encuentra constituido por los bienes sobre los cuales puede o debe recaer la acción ejecutiva de esta figura delictual, los mismos que, como ya sabemos, se encuentran representados por los Bienes del Estado, los Bienes de Empresas y/o Instituciones en que este tenga parte, así como por los bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, y, finalmente, por los bienes o fondos parafiscales.

1.3. LA CONDUCTA.

Tal como expresa BERNAL PINZÓN[84], la ley no dice de qué manera se puede producir la Apropiación: De allí que se diga que se trata aquí de uno de aquellos delitos que según expresión de CARNELUTTI se denomina "a forma libre", ya que la norma no describe formas específicas de conducta, como sí lo hace, por ejemplo, en la Estafa, en donde se exige que los medios para lograr la inducción en error no pueden ser otros que los artificios o los engaños (por lo cual se les denomina delitos "a forma vinculada").

De cualquier manera, la conducta ejecutiva propia de este tipo penal se caracteriza por los siguientes elementos estructurales:

- Se trata aquí, según se ha dicho, de un tipo penal de sujeto activo calificado, como que debe serlo un servidor público;

[84] Ibídem, pág. 25-26.

- El verbo rector de la figura es el de apropiar, y por ello la conducta ejecutiva consiste en apropiarse;

- Esa Apropiación verificada por el agente delictual, debe recaer sobre bienes que de manera real o funcional (según se explicó ello en su momento), sean del Estado;

- Esos bienes sobre los cuales recae la conducta ejecutiva, deben ser detentados por el agente delictual bajo administración, tenencia o custodia;

- La administración, tenencia o custodia que sobre tales bienes detenta el agente delictual, deben haberle sido confiadas por razón de sus funciones;

- Y, finalmente, la apropiación que materializa el agente delictual, y que recae sobre los bienes ya indicados, debe realizarse por parte de este en provecho suyo o de un tercero[85].

Toda vez que de esos elementos estructurales ya hemos nosotros clarificado varios, como son los de servidor público, bienes (real o funcionalmente) del Estado, administración, tenencia o custodia, y por razón de sus funciones, habremos de examinar aquí, tan sólo, aquellos que no han sido, hasta ahora, objeto de comentario por parte nuestra.

1.3.1. *EL VERBO RECTOR: APROPIARSE.*

Evidentemente, el tipo penal en comento consagra varios elementos normativos, como son los referentes a los bienes, la administración, tenencia y custodia o por razón de sus funciones.. Con todo, como se trata en todos esos casos de elementos que fueron en su momento examinados, restaría tan sólo por revisar lo correspondiente al verbo rector, apropiar.

Por "Apropiar" se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición "*Uti Dominus*", es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un

---

[85] A este respecto cabría señalar que la Corte Suprema de Justicia, en providencia de Noviembre 30 de 1988, con ponencia del Dr. Jorge Carreño Luengas, había manifestado:

"La doctrina y la jurisprudencia, señalan como elementos que tipifican el delito de peculado por apropiación los siguientes:

Que se trate de un sujeto activo cualificado, es decir, un funcionario o empleado público. Que exista una relación funcional, pues no todo empleado oficial puede ser autor de peculado, sino el que en razón de su función tenga la disponibilidad de los bienes o caudales públicos, por recaer en él, el deber legal de cuidarlos, recaudarlos, guardarlos o administrarlos y que se apropie en provecho suyo o de terceros de dichos bienes. No es indispensable, para la tipificación de esta infracción penal, que los bienes sean de propiedad del Estado. Basta con que el funcionario tenga la disposición o manejo de dichos bienes y que en abuso de sus funciones se los apropie. Tampoco es necesario que el empleado ejerza la tenencia material o tangible de la cosa que administra, es suficiente que tenga la disponibilidad del bien dentro de su órbita funcional".

No estaría demás clarificar, sí, que este fallo es de fecha anterior al Estatuto Anticorrupción, que introdujo algunas tangenciales modificaciones -ya reseñadas- a la estructura de esta figura delictual.

lado, el que bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, del otro, obviamente, la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es otro que la misma Administración.

Ahora bien, la pregunta sería, en qué consisten, exactamente, esos actos de disposición *uti dominus*?. Esos actos de disposición propios del señor y dueño del bien, no son otros que aquellos que comportan, o bien la retención definitiva de la cosa, por haberla enajenado o destruido, o bien el uso de la cosa consumible[86], motivo por el cual no son punibles, bajo esta forma de Peculado, las simples demoras en la devolución.

Por ello, PÉREZ[87] explica que se habla de retención definitiva, porque la simplemente provisional, unida a la voluntad de devolverla, queda fuera del tipo. Y agrega que, según sucede en el abuso de confianza, el sistema colombiano no autoriza atribuir delictivamente las demoras en devolver lo confiado, especialmente si se trata de dinero, sino el ánimo de hacer suyo lo que el empleado ha recibido para manejarlo por cuenta del verdadero dueño. Sin el fraude plenamente demostrado no existe conducta punible, por concepto de Apropiación. Esta ha de ser efectiva y no meramente posible o probable.

Evidentemente, existen actos materiales que inequívocamente enseñan el ánimo de disposición de parte del agente delictual, cual sería el caso de la venta, la donación, la destrucción, la pignoración o el consumo de las cosas consumibles (como que el uso de las cosas no consumibles reportaría un Peculado Por Uso). Empero, existen otros actos materiales que resultan equívocos a la hora de determinar si con su materialización, se buscaba o no la apropiación que se consagra como núcleo del tipo penal en comento. En otras palabras, cuál ha de ser el criterio para establecer y/o determinar, si una Retención es configurativa o no de una Apropiación, de cara a establecer si se está en presencia o no de un Peculado? El primer criterio, es claro, es el puramente material, esto es, el referido al hecho de que se ejecuten actos de señor y dueño, sin serlo. Pero como hemos visto que tal criterio no basta, como que no es suficiente para clarificar todas las hipótesis, cual era el caso concreto de la retención, habrá de aunarse a aquel, el criterio síquico, y más que ello volitivo, es decir, que esos actos se ejecuten sin el ánimo de restituír o devolver las cosas, lo que claramente toca con la demostración, a nivel probatorio y procesal, del dolo propio de esta conducta.

Aparece entonces como factible, posible y viable, el que el Peculado por Apropiación se materialice sobre bienes muebles, y altamente discutible y difícil, como habrá de ser ello analizado más adelante, el que se verifique sobre bienes inmuebles (que más se compadecen con la figura del Peculado por Uso). Así, perfecta-

---

[86] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 25.

[87] Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal: partes general y especial.* Tomo III. Editorial Temis, Bogotá. 1984. Pág. 228.

mente procedente es que el Peculado por Apropiación se verifique, por ejemplo, sobre armas decomisadas[88] o dineros para depósitos judiciales[89], pero, difícilmente sobre inmuebles incautados.

---

[88] Tal como tuvo oportunidad de examinarlo la Corte Suprema de Justicia, en fallo de Julio 17 de 1984, con ponencia del Dr. Alfonso Reyes Echandía, en el que se consignó:

"Comete peculado por apropiación, de acuerdo con la descripción que ofrece el art. 133 del Código Penal, el empleado oficial que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes que pertenezcan al Estado, a empresas o instituciones en que este tenga parte (sociedades de economía mixta, empresas industriales y comerciales del Estado) o a particulares, siempre que aquellas cosas se encuentren bajo la administración o custodia del funcionario en su condición de tal. Las armas o instrumentos con que se haya cometido un delito y los objetos materiales del mismo o que provengan de su ejecución que hayan sido decomisados, forman parte del respectivo proceso y en tal carácter han de ser custodiados por el Juez, quien sólo puede disponer de ellos en las condiciones y para los fines señalados en el art. 110 del C.P. y en los arts. 350 y 727 a 729 del C.P.P.. Por manera que si el Juez los toma para sí o para un tercero (pariente, amigo, extraño) incurre en esta modalidad de peculado".

[89] Sobre este tema tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de Justicia, en fallos de Enero 27 de 1987 (con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez) y Febrero 25 de 1991 (con ponencia del Dr. Dídimo Páez Velandia).

En el primero de ellos se dijo:

"Por los resultados de la averiguación sumarial no es dable estimarlo como producto de la ignorancia, de la buena fe aunque equivocada ni tampoco de peculado por uso indebido. Está dentro de la esfera del rudimentario conocimiento de todo juez, la apreciación básica de que los dineros recibidos por disposición de carácter oficial, no pueden ir a cuentas particulares, ni del juez ni de nadie, y ni siquiera deben permanecer en el Despacho, pues esto último si bien no genera de manera fatal una responsabilidad penal sí suele suscitar merecidamente el juicio de reproche disciplinario. Son normas legales demasiado conocidas, de fácil entendimiento y demás expedita aplicación. El juez, cualquiera juez, sabe que los dineros no pueden ingresar sino a entidades expresamente indicadas por la ley y que el esfuerzo por desconocer esta obligación, constantemente infructuoso, resulta todavía más improcedente e inadmisible cuando la pretensión busca conseguir una autorización del ordenamiento jurídico para disponer caprichosamente del dinero recibido a título de gestión oficial.

Constituye enunciado evidente que exigencias monetarias sólo pueden hacerse cuando la ley lo manda, en forma, cuantía y circunstancias que aquella indique; y, su movimiento, devolución o pérdida, también los condiciona el precepto legal.

De donde cuando el juez resuelve desplazar a cuenta personal esos dineros sin que exista ni se insinúe medio eficaz para entender y asegurar qué parte le pertenece a él y cuál a la administración de justicia o a terceros que han obedecido una orden de esta, no puede verse en esa conducta lo que es imposible de diferenciar o percibir. Ese dinero tiene que entenderse como propio y exclusivamente propio del cuentacorrentista que así figura en la entidad crediticia y correr las contingencias a las que su titular pueda verse enfrentado, dándose su afectación por obra del mismo, sin límites de tiempo, cuantía o destino, o por la acción de terceros como respuesta a compromisos adquiridos. El señorío del mismo lo demuestra la forma como puede ejercer el amplio e integral atributo de ser y tenérsele por dueño".

A tiempo que en el segundo de los fallos reseñados, se precisó:

"El peculado por apropiación: En los términos del art. 133 del C.P., la apropiación que hace el empleado oficial en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de particulares, cuya administración o custodia tenga por razón de sus funciones, es necesariamente peculado por apropiación.

Finalmente, ha de quedar en claro que resulta ser algo completamente diferente la apropiación del bien, entendido como núcleo del tipo, de la disponibilidad sobre el mismo, entendida como el supuesto bajo el cual el referido bien llegó "a manos" del agente delictual, pues que, como bien anota PÉREZ[90], no puede confundirse la causa con el efecto.

1.3.2. *EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO: EL PROVECHO.*

El tipo penal en comento contempla un elemento subjetivo, cual es el provecho que aspira a obtener el agente, bien para sí o para un tercero.

Y cuando nos ocupamos de la naturaleza del provecho propio del peculado, lo que nos estamos preguntando es qué es o en qué consiste dicho aprovechamiento. Respondiendo tal interrogante, PÉREZ[91] señala que "provecho es cualquier utilidad, goce o ventaja, expresamente perseguidos o procurados por el infractor, sin que importen su naturaleza, oportunidad ni proporciones".

1.3.2.1. *QUIÉN PUEDE SER EL DESTINATARIO O BENEFICIARIO DEL PROVECHO?*

Conforme a la redacción de la norma que viene siendo examinada, destinatario o beneficiario del provecho, puede ser no solamente el mismo agente delictual,

---

Los dineros que recibió el procesado, haya o no partido de él la iniciativa de la entrega, le fueron dados en su condición de juez y como caución prendaria dispuesta por auto vigente en un proceso de su competencia. Tenía, entonces, desde el momento de recibirlos, el deber de custodia y la disponibilidad de los mismos en derecho sólo a él le correspondía. La entrega no fue el resultado de un constreñimiento, o la exigencia simple de ellos, en el evento de aceptar la iniciativa del funcionario, no era acto arbitrario o indebido, sino Ley del proceso. Por manera que tal conducta no puede ser tipificadora de concusión, como desafortunadamente sostiene la Delegada.

La irregular costumbre que aún impera por desgracia en algunos juzgados de provincia de recibir las cauciones prendarias directamente por el Juez no desfigura el tipo penal del Peculado cuando el funcionario se apropia de ellas. Así lo ha sostenido la Corte en varias oportunidades: por ejemplo, en sentencia de Mayo 30 de 1990, con ponencia de quien aquí funge como tal, la Corte dijo: "Recibir las cauciones directamente por el Juez que las impone es una práctica que no solo desatiende el mandato legal que disponía hacerlas en el Banco ... o en su defecto en las oficinas de la Caja de Crédito Agrario, sino que constituye alto riesgo para quien asume la custodia de esos dineros bien por acción de los amigos de lo ajeno, ora como seductora tentación para quien los guarda. Ello, entonces, es revelador de un claro propósito de usar indebidamente esos caudales que en forma innecesaria y contra norma expresa recibió, comportamiento que aún cuando recae sobre dinero, ciertamente tipifica un peculado por apropiación, como acertadamente lo destaca la Delegada y lo tiene determinado la jurisprudencia. En efecto, en Enero 27 de 1987, con ponencia del Magistrado Gómez Velásquez, sostuvo la Corte: "...El juez, cualquiera juez, sabe que los dineros no pueden ingresar sino a entidades expresamente indicadas por la ley y que el esfuerzo por desconocer esta obligación, constantemente infructuoso, resulta todavía más improcedente e inadmisible cuando la pretensión busca conseguir una autorización del ordenamiento jurídico para disponer caprichosamente del dinero recibido a título de gestión oficial...".

[90] Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal: partes general y especial.* Tomo III. Editorial Temis. Bogotá. 1984. Pág. 230.

[91] Ibídem, pág. 230.

sino también un tercero. Por ello, la Corte Suprema de Justicia, en proveido de Agosto 17 de 1989, con ponencia del Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, anotó:

> "Tal comportamiento corresponde, entonces, ampliamente, con aquel que describe el Código Penal en su artículo 133 bajo la denominación del peculado, sin que puedan acogerse los reparos de la defensa al objetar que en esa acción no consiguió la acusada beneficio alguno, cuando la norma prevee la alternativa aquí cumplida de que la apropiación ocurra no solo en beneficio del empleado desleal, sino también de "un tercero", siendo lo relevante el destacar que el acto de abuso no permite interpretación distinta a la voluntad de "Apropiación", cuando el manejo de los bienes administrados se cumple al margen de las formalidades legales, y procediendo con la misma amplitud y autonomía como ocurre en el manejo de los propios bienes".

Empero, se pregunta: qué calidad o condición puede tener ese tercero? Puede tratarse de un Tercero Relativo (alguien que conjuga, por ejemplo, la calidad de cómplice respecto de la materialización del ilícito), o tiene que observar, por el contrario, la calidad de Tercero Absoluto (esto es, no haber tenido nada que ver con la realización del hecho)?

A nuestro modo de ver, ese Tercero puede ostentar cualquiera de esas dos calidades, como que puede tratarse tanto del tercero absoluto (quien nada ha tenido que ver con la materialización de la conducta delictual) como del tercero relativo (quien sí ha tomado alguna suerte de participación delictual, por ejemplo a nivel de la complicidad): Ahora bien, lo que entraría a discutirse es si podría, en un momento determinado, la misma Administración Pública a ser eventual sujeto calificable como tercero, esto es, si es posible que el beneficio o provecho derivado de la materialización de uno de estos ilícitos, tuviese como destinatario a la misma Administración Pública.

PÉREZ[92] se pronuncia de manera tajante frente a tal eventualidad, descartándola al decir que el provecho puede dirigirse en favor del autor, de los coautores, determinadores o cómplices, o de personas no vinculadas al delito, excluyendo la administración misma, porque si esta resulta beneficiada, desaparece el delito, puesto que la actividad del agente, para que sea ilícita, debe atacar dicha administración. El título lo indica: delitos contra la administración pública, esto es, infracciones que en alguna forma, y no exclusivamente en la económica y fiscal, afectan el desenvolvimiento del servicio.

Coincidiendo con tal parecer, somos de la opinión de que la misma Administración no puede ser considerada como un Tercero, para efectos de hacerse beneficiaria del provecho perseguido por el agente delictual, con la materialización de la conducta ejecutiva propia del Peculado: Y no creemos que ello sea posible ni

---

[92] Ibídem. pág. 231.

factible, por la muy sencilla razón de que, si la hipótesis eventualmente propuesta es la del funcionario de un nivel central de la administración, que sea propia de bienes de la misma con destino a beneficiar a un nivel departamental o municipal, se estará en presencia de un Peculado por Aplicación Oficial Diferente, previsto en el artículo 136 del Código Penal, como que, al fin de cuentas, siendo diferente la aplicación a la inicialmente contemplada para el respectivo bien, no dejó de ser oficial; y si la hipótesis es la del funcionario que a nombre de una instancia cualquiera de la Administración, paga lo que esta no debe o paga más de lo que debe, se podrá estar en presencia, respecto suyo, de un Peculado Culposo en los términos del artículo 137 del Código Penal, y respecto del funcionario que recibe tales bienes, y que se los apropia, de un Peculado por Error Ajeno, descrito en el artículo 135 del Código Penal.

Quizá la única hipótesis en la que podría llegar a vislumbrarse la posibilidad de que la misma Administración sea considerada como un Tercero, respecto de la consecución del provecho perseguido por el agente delictual, sería aquella presentada por PÉREZ[93], según la cual hay casos de altruísmo para con la Administración, que si bien pueden ser excepcionales, no por eso dejan de desestructurar el Peculado, cual sería el caso del vigilante del museo que esconde algunas reliquias u objetos, a fin de que no sean sacadas del país, favoreciendo así intereses generales.

1.3.2.2. *EN QUÉ DEBE CONSISTIR EL PROVECHO?*

El Provecho perseguido o buscado en el Peculado por Apropiación no puede consistir en el simple uso de las cosas, como que de ser ello así, se estaría en presencia de la conducta descrita en el artículo 134 del Código Penal (Peculado Por Uso), y no propiamente en el Peculado por Apropiación que venimos examinando. Así las cosas, se tiene que es necesaria la verdadera disposición de esos bienes en favor del tercero, para satisfacer intereses materiales o, cuando menos, el goce de un deseo[94].

2. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

2.1. CONCURSO DE TIPOS PENALES.

Ciertamente, el Peculado por Apropiación puede llegar a concursar efectivamente con otros tipos penales, como, por ejemplo, con la Falsedad Documental. Empero, operan otros casos en los cuales el concurso es meramente aparente, tal como sucede, por ejemplo, con el Hurto o con el Abuso de Confianza. Veamos:

---

[93] Ibídem. pág. 231.

[94] Ibídem. pág. 235

2.1.1. *CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES: EL ABUSO DE CONFIANZA.*

Una de las figuras delictuales con las cuales puede ser confundido el Peculado por Apropiación es la del Abuso de Confianza, presentándose así lo que la doctrina denomina un concurso aparente de tipos penales, como que, no se trata realmente de que, al mismo tiempo, la conducta esté siendo reglamentada por dos disposiciones, sino que, de lo que se trata, es de diferenciar cabalmente entre una y otra descripción comportamental.

Por ello, partiendo de la base de que existen algunos elementos comunes entre el Peculado por Apropiación y el Abuso de Confianza, como son los que dicen referencia al verbo rector ("apropiar"), al elemento subjetivo del tipo ("el propósito de provecho" para sí o para un tercero) y a la causa antecedente por virtud de la cual el agente delictual se encontraba en posesión del bien (porque le fue entregado por parte de su real y verdadero titular, para su "administración"), no es menos cierto que existen entre uno y otro tipo penal, varias y nítidas diferencias, como las que a continuación se pasa a resaltar:

2.1.1.1. *DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL SUJETO ACTIVO.*

Mientras en el Peculado por Apropiación el Sujeto Activo de la infracción ha de ser un servidor público (discutiéndose si un particular puede llegar a ser sujeto activo de estos delitos, a título de coautor por determinación), sujeto activo del Abuso de Confianza puede serlo cualquier persona, ostente o no la calidad de servidor público, puesto que se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado.

2.1.1.2. *DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL OBJETO.*

A nivel de los objetos, también pueden trazarse claras y nítidas distinciones entre una y otra figura delictual. En efecto, desde el punto de vista del objeto jurídico, podría decirse que mientras en el Peculado por Apropiación se defraudan los deberes de lealtad del funcionario para con la Administración, en el Abuso de Confianza lo que se defrauda es la fe depositada en un particular.

A su turno, desde la perspectiva del objeto material, se dice que el Peculado por Apropiación recae sobre bienes de la Administración Pública, bien sea que ello opere de manera real, bien sea que ello opere de manera meramente funcional. En el Abuso de Confianza, la conducta ejecutiva recae sobre bienes de patrimonio privado.

2.1.1.3. *DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS BIENES.*

Miradas las cosas desde el ángulo de los bienes, existe una primera diferencia en cuanto hace con la naturaleza de los mismos, como que el Peculado por Apropiación dice referencia a la posibilidad de que el agente delictual se apropie de bienes de la administración, tanto de muebles como de inmuebles. El Abuso de

Confianza, por su parte, de acuerdo con la redacción de la respectiva norma, sólo puede recaer sobre bienes muebles.

Empero, una segunda diferencia puede predicarse desde la óptica de la relación o vínculo de tales bienes con el agente delictual, toda vez que en el Peculado por Apropiación, los bienes le han sido confiados al agente delictual por razón de sus funciones, al paso que en el Abuso de Confianza lo han sido por la confianza que el titular del bien tiene en quien posteriormente alcanzará la categoría de agente delictual, a tiempo que ello se ha efectuado por "un título no traslativo de dominio".

Tratando específicamente de esclarecer las relaciones entre el Peculado por Apropiación y el Abuso de Confianza, en cuanto hace referencia a sus semejanzas y diferencias, la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Noviembre 18 de 1980, explicó:

> "Tienen ellos en común, como se ha puesto de presente en numerosas ocasiones, el hecho de que un individuo que ha recibido por un medio lícito un bien para que lo entregue a otro o lo destine a determinado fin, resuelve apropiarse de él ilegalmente.
>
> Fundamento de esa situación es, desde luego, la lícita recepción del bien. Pues si no es así, se presenta otro delito: por ejemplo, estafa, concusión, etc..
>
> Las diferencias comienzan a apuntar cuando se examina el bien jurídico tutelado pues mientras en el peculado es la administración pública en cuanto se refiere al prestigio y ordenado funcionamiento de la misma y a la fidelidad que deben al Estado quienes lo sirven como órganos de expresión y de acción, en el abuso de confianza se trata de derechos patrimoniales.
>
> También es importante diferenciar el hecho de que el agente del peculado debe ser un funcionario público y el de abuso de confianza un particular.
>
> Esto significa que el primero tiene un campo de acción más limitado que el segundo por cuanto aquel está sujeto a leyes (tomado este término en su amplio sentido material) y a órdenes de los superiores lo que no ocurre con el segundo".

2.1.2. *CONCURSO EFECTIVO DE TIPOS PENALES.*

Al lado de esas formas aparentes de concurso de tipos penales, que básicamente aludían a la problemática planteada en relación con el Abuso de Confianza, aparecen otras formas de concurso de tipos que sí resultan ser reales, efectivos, tomando como punto de partida el Peculado, como acontece, por ejemplo, con la Falsedad Documental y, lo que es más, con las infracciones al Estatuto Nacional de Estupefacientes.

2.1.2.1. *EL CONCURSO EFECTIVO DE TIPOS PENALES CON LAS INFRACCIONES AL ESTATUTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES.*

En una muy interesante providencia de Noviembre 6 de 1992, con ponencia del Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ, la Corte Suprema de Justicia se ocupó de analizar, in extenso, esta temática en los siguientes términos:

> "En cuanto a la tipificación del comportamiento desplegado por el Dr. B.B. del mismo modo se está de acuerdo con la que trae la sentencia.
>
> Dicho funcionario, cumpliendo su voluntad, se apoderó de bienes que por razón de sus funciones tenía la obligación de administrar, y con esta acción consumó el delito de peculado (art. 133 del C.P.).
>
> Pero, además, como el ex-juez sabía que al sacar de la órbita oficial dichos bienes y colocarlos bajo su personal disposición, violaba también otra norma legal (art. 43 de la Ley 30 de 1986), por tratarse de elementos que sirven "para el procesamiento de cocaína", es legal y justo que responda por las dos infracciones, sin que ello implique, como lo sostiene la Delegada, violación al principio del "non bis in idem".
>
> En efecto, al ex-funcionario no se le está condenando dos veces por el mismo hecho, porque ninguna de las dos imputaciones que se le hacen recoge en su totalidad la conducta objeto de juzgamiento: el peculado, sólo comprende la apropiación de bienes "cuya administración o custodia se le había confiado por razón de sus funciones", independientemente de la naturaleza de dichos bienes; y la violación de la Ley 30 de 1986, se presenta porque el mismo ex-funcionario tuvo ilegalmente en su poder elementos que sirven "para el procesamiento de cocaína", sin consideración alguna a la manera como tales sustancias llegaron a sus manos.
>
> Bien se puede cometer peculado sin violar la Ley 30 de 1986, y posible es igualmente infringir esta Ley sin atentar contra la Administración Pública.
>
> Pero cuando se decide quebrantar estas dos normas legales (que protegen intereses jurídicos distintos), como lo hizo el procesado, se debe responder por ambas infracciones, sin que ello produzca el doble juzgamiento por un mismo hecho, porque, repítese, la conducta global que se juzga, no queda comprendida por ninguna de las disposiciones vulneradas individualmente consideradas, siendo preciso, por tanto, aplicar las dos para que el juzgamiento sea completo.
>
> En un primer momento, la apropiación de la sustancia tipificó la figura del peculado prevista en el art. 133 del Código Penal, ya que estos insumos, a partir de la diligencia de 14 de Mayo, entraron a la esfera de custodia y salvaguarda del entonces Juez, quien, para ese momento, tenía a su disposición (no podría apropiarse de lo que no tuviera a su disposición) ese bien de modo legal, en razón de sus funciones.

La ilegalidad comienza cuando el funcionario, sabiendo la relación que tenía con respecto a los insumos, materializa la intención de apropiarse de los mismos, trasladándolos finalmente a las afueras de la población de El Tigre, para que allí pudieran ser tomados por otras personas.
Allí consumó el acusado el mencionado delito contra la administración pública; y ahí también consumó el atentado contra otro bien jurídico: el de la salubridad pública, específicamente el tipificado en el art. 43 de la Ley 30 de 1986, que prevé el tráfico de sustancias aptas para el procesamiento de narcóticos. El concurso ("formal" o "ideal" como acostumbra denominarlo la doctrina) surge así de esa manera nítida: con una misma acción (en eso se está de acuerdo con la Delegada) infringió esas dos disposiciones, que es uno de los supuestos así textualmente consagrados en el art. 26 del Código Penal: en forma alguna puede conducir a idéntica tipicidad que el objeto de apropiación sea de "libre" tenencia y/o tráfico a que aquel se encuentra en ese sentido "prohibido", como lo hace aquí la citada Ley 30 en lo que atañe a esas sustancias precursoras. En estos casos la acción única se desdobla, jurídicamente hablando, al poner efectivamente en peligro o afectar más de un bien jurídico protegido. Entonces -para replicar a la Delegada-, así se esté en presencia de una "identidad de acto", no se vulnera el principio del Non bis in idem. Muchos ejemplos son los que, con los mismos efectos concursales aquí deducidos, pueden traerse".

2.1.2.2. *EL CONCURSO EFECTIVO DE TIPOS PENALES CON LA FALSEDAD DOCUMENTAL.*

En varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto, motivo por el cual a ellas remitimos en los siguientes términos:

- En providencia de Abril 16 de 1985, con ponencia del Dr. DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, se presentó el siguiente examen:

"No puede aceptarse que el hecho de haberse apropiado el Dr. N.N. de los dineros a través del uso de documento falso, este uso subsuma y haga desaparecer el delito de peculado, como parece desprenderse de las argumentaciones de la defensa (fls. 66 a 73 del cuaderno No.2), pues se trata de dos órbitas jurídicas diferentes: La que protege la Administración Pública y la que ampara la Fe Pública.
En la falsedad en documento público no se precisa de su uso para que pueda hablarse de perfeccionamiento del delito, como sí es necesario que ocurra cuando ella recae sobre documento privado. En tratándose de aquel puede afirmarse, una vez falsificado, la existencia del delito aunque no sea usado, con tal que, eso sí, el documento tenga la capacidad de servir de medio de prueba y acusa la potencialidad de ser utilizado.
De allí que su uso por la misma persona que lo falsificó configure agravación del ilícito, como se dejó analizado (art. 222, inciso 2o.).

Por tanto, como además de falsificar los documentos el procesado se apropió de dineros entregados en razón de procesos que cursaban en su despacho y sobre los cuales tenía él disponibilidad jurídica, incurrió también en el delito de peculado, en concurso con el de falsedad.

El uso de los documentos falsos, en el evento que se analiza, consistió en hacerlos valer ante la Caja de Crédito Agrario para la entrega de dineros a N.N., a quien se hacía aparecer en los supuestos autos que eran transcritos como auxiliar de la justicia, o como apoderado o como defensor, o como persona con autorización para retirarlos. Hasta allí quedó perfeccionado el delito de falsedad agravado por el uso.

Si los dineros hubiesen sido entregados a sus legítimos destinatarios, habríase configurado ese único ilícito y no también el de peculado. Pero como el juez acusado se los apropió, se consumó igualmente este último".

- En providencia de Mayo 20 de 1993, con ponencia del Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, la Corte Suprema de Justicia retomó el tema, haciéndolo en los siguientes términos:

"Por otra parte, y aún cuando la formulación teórica del delito complejo o concurso aparente de tipos que insinúa el censor pierde fundamento con el descrédito del primer condicionamiento a la atipicidad de la estafa, no sobre repetir, porque en ello la jurisprudencia ha sido clara y reiterativa, que en la apropiación de los dineros oficiales y en la adulteración documental para lograrla y encubrirla se presentan dos hechos naturalísticamente diversos con los cuales se afectan bienes jurídicos disímiles (la administración pública en el primero y la fe pública documental en el segundo), que ni por principios de consunción, subsidiariedad o especialidad resulta posible tenerlas como única infracción para efectos de su represión penal.

No por conocida podrá entonces dejar de recordarse la doctrina de esta Sala según la cual "...el delito completo sólo existirá en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de esta o como circunstancia de agravación punitiva. Sin embargo, lo anterior merece algunas precisiones, pues en los casos en que un tipo contenga un ingrediente subjetivo, la materialización posterior de este elemento no eliminará el concurso si su realización representa de suyo delito independiente (ejemplo: causal 2a. art. 324 C.P.). De otra parte, sólo podrá hablarse de delito complejo, cuando dentro de una descripción típica aparece otra que inequívocamente corresponde a la contenida en distinto tipo (tal es el caso del hurto agravado por la violación de domicilio, numeral 3o. del art. 350, o del fraude electoral con la falsificación de registros electorales, art. 254). En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales, dentro de otra de mayor fuerza descriptiva" (Casación, Sept. 23 de 1983, Magistrado Ponente Dr. Luis Enrique Aldana Rozo. En igual sentido casación de Mayo 15 de 1990. Magistrado Ponente Dr. Mario Mantilla Nougués).

> En el caso propuesto, se insiste, las conductas atribuidas al acusado no solamente integraron concursos homogéneos de peculado y de falsedad por separado, sino además concurso heterogéneo entre estos dos tipos de delitos, porque independientemente esas conductas de apropiación de bienes del Estado y de falsificación documental tienen adecuación integra en tipos diferentes, afectaron bienes jurídicamente diversos y jamás dentro de la descripción de una u otra se integran los elementos de la contraria".

- Finalmente, para los efectos ilustrativos que aquí interesa, podría rememorarse la sentencia de Mayo 14 de 1998, en que la Corte, con ponencia del Dr. NILSON PINILLA PINILLA, puntualizó:

> "La violación directa de la ley sustancial se predica por haberse calificado como falsedad ideológica en documento público (art. 219 C.P.), lo que en criterio del casacionista constituye falsedad material de empleado oficial en documento público (art. 218 ib.), argumentación en la que insiste con el declarado propósito de derrumbar el concurso de delitos contra la fe pública y peculado por apropiación, endilgados en la resolución de acusación y por los cuales fue condenada su representada en primera y segunda instancia, esforzándose el recurrente en reiterar que tal delito contra la administración pública no puede concurrir con la falsedad material cometida por el intraneus.
> Así, después de sus reflexiones sobre el por qué con los espurios documentos públicos, extendidos para respaldar los fingidos despachos que motivaron esas erogaciones indebidamente dirigidas al particular aprovechamiento ilícito, no se configuró falsedad ideológica sino material, únicamente esboza, pero no explica, ni desarrolla, y mucho menos demuestra que no pueda existir el aludido concurso.
> Mal podría lograrlo, al no existir fundamento para sostener que la falsedad cometida por servidor público, sea material o ideológica, absorba el peculado, pues vulneran diversos bienes jurídicos y su consumación acontece en momentos diferentes. Así es palpable en el caso concreto, en donde los reatos están ligados de medio a fin al ser falsificados varios documentos públicos con aptitud probatoria y autonómamente consumada la ilicitud contra la fe pública, utilizarlos para disfrazar las dolosas apropiaciones que vienen a configurar el peculado, el cual podría darse con la falsedad, como ésta sin aquél.
> Aunque los escritos públicos, ideológica o materialmente contrarios a la verdad, hayan sido elaborados con el propósito de facilitar o de ocultar las malversaciones, los elementos constitutivos de ninguno de los hechos punibles resultan subsumidos dentro de los otros y, por el contrario, mantienen su entidad propia".

2.2. CONCURSO DE PERSONAS EN LA MATERIALIZACIÓN DEL DELITO.

Pese a que en páginas precedentes nos ocupamos de clarificar la posibilidad de que un particular concurriese a título de coautor de este género de delitos, cuando había asumido la calidad de determinador del comportamiento delictual, consideramos oportuno examinar aquí si es posible o no que un particular asuma la cali-

dad de cómplice de uno de estos delitos, en los términos propuestos por los artículos 24 y 25 del Código Penal, debiéndonos pronunciar en sentido afirmativo.

2.3. FORMAS IMPERFECTAS.

Partiendo de la base de que estamos aquí en presencia de uno de aquellos delitos que la doctrina denomina de resultado[95], podemos decir que, en principio, se trata de un hecho punible que admite la forma imperfecta de la tentativa. Y si decimos que ello opera tan sólo "en principio", es por la sencilla razón de que consideramos que en estas materias no pueden ni deben ser asumidas posiciones radicales ni absolutas, habida cuenta que consideramos que, cuando menos, existe una hipótesis en la cual no es dable hablar, ni siquiera, de la forma imperfecta de la tentativa, cual es la que se conjuga respecto de la "apropiación" de bienes del Estado, que sean de naturaleza inmueble.

En efecto, si partimos de la hipótesis de que el verbo rector de este tipo penal está constituido por el verbo apropiar, acción esta que permite su fraccionamiento en el tiempo; si recordamos que la acción de "apropiar" dice referencia al hecho de que se tome para sí una cosa, con ánimo de señor y dueño; y si atendemos al hecho que la acción de "apropiarse" de un bien inmueble, exigiría no solamente del título (escritura pública), sino también de la tradición (registro en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria), habríamos de colegir, forzosamente, que por mucho que un servidor público, obrando en nombre de la entidad que representa, otorgase una escritura pública, en favor de un tercero, enajenando en favor de este un bien del Estado (como una calle, una plaza, una playa, etc.), es claro que esa escritura no podría ser nunca registrada, como que no contaría con un folio de matrícula inmobiliaria al cual acceder.

La pregunta, entonces, frente a tal hipótesis, sería: Puede hablarse allí de tentativa de Peculado por Apropiación? Respondiendo tal inquietud, nosotros nos atreveríamos a decir que si bien *objetivamente* el medio utilizado para los efectos propios de la apropiación del bien (inmueble) en favor del tercero son idóneos (como que una escritura pública es el medio idóneo para traspasar la titularidad sobre un bien inmueble), no es menos cierto que *subjetivamente* (esto es, en ese caso específico de la venta de un Bien del Estado, efectuada de manera subrepticia, esto es, sin contar con la autorización o aquiescencia de la respectiva entidad, como que, al fin de cuentas, lo que se está tratando de hacer con tal comportamiento es defraudarla), no sería ese un medio idóneo: En tal orden de ideas, a nuestro modo de ver, se estaría en presencia de un comportamiento que ni siquiera admitiría la posibilidad de tentativa, de donde concluimos dos cosas, a saber: De una parte, que como Peculado por Apropiación sería esa una conducta absolutamente atípica, no admitiendo siquiera la posibilidad de tentativa; y de la otra parte,

---

[95] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 230.

que si se trata de encuadrar típicamente tal conducta (como que no creemos tampoco que ella deba permanecer impune), ello habrá de operar dentro de los moldes de la Falsedad Documental de Servidor Público en Documento Público y/o en los de la Estafa, según sea el caso.

3. PUNIBILIDAD.

Tradicionalmente, los estudios relativos a la parte especial del derecho penal se contraen al examen de los diferentes tipos penales, de tal suerte que rara vez se dedica alguna atención al análisis o revisión de la sanción: Dicho de otra manera, lo corriente y ordinario -que no lo pertinente ni adecuado- en los estudios relativos a la Parte Especial del Código Penal, se limita a una revisión de los supuestos de hecho, sin comprender el examen de las correspondientes consecuencias jurídicas, en cuanto atañe a todas y cada una de la figuras delictuales.

Que ello sea lo frecuente, lo corriente y lo ordinario no significa, como decíamos en precedencia, que sea lo adecuado o lo pertinente. Y, lo que es más, no significa que estemos nosotros de acuerdo con una tal visualización de los estudios atinentes a la denominada Parte Especial del Derecho Penal, lo cual se potencializa, concretamente, cuando se trata de la revisión de las consecuencias jurídicas en sede de Peculado por Apropiación del que hemos venido ocupándonos dentro de este apartado.

En efecto, si bien la cuantía de los bienes de los que se apropia el servidor no interesa para la estructuración de esta forma de peculado, en cuanto tal, no es menos cierto que ello sí tiene una capital importancia para efectos de la adecuación típica de la conducta y, lo que es más, para la imposición de la respectiva pena, de acuerdo con los parámetros establecidos en cada uno de los tres incisos del artículo 133 del Código Penal.

Contrario a lo que en un primer momento pudiera pensarse, grandes y graves son los problemas técnicos-jurídicos que reporta el cabal entendimiento y alcance de las consecuencias jurídicas, en cuanto hace con la figura del Peculado por Apropiación, según pasamos a revisar.

3.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Dos consideraciones preliminares deben ser por nosotros consignadas antes de acceder a la revisión de las consecuencias jurídicas que, en concreto, pueden imponerse en relación con el Peculado por Apropiación.

3.1.1. En primer término, que no puede ser por nosotros desconocido el interesante y valioso avance que se ha efectuado en relación con la determinación de las sanciones imponibles en cuanto hace con la figura del Peculado por Apropiación: En efecto, con respecto a las consecuencias jurídicas contenidas en el texto original del artículo 133 del Código Penal, la doctrina formulaba una dura crítica a tal reglamentación, en atención a la estructura y concepción misma de la norma, co-

mo que se decía que, al haberse establecido sumas fijas de dinero, como delimitadoras de cada uno de los tipos penales allí contenidos (según lo previsto en los incisos primero y segundo del texto del art. 133 en el Código Penal), dado el acelerado proceso inflacionario que se vive en Colombia, por razón del cual año a año la moneda colombiana pierde su poder adquisitivo intrínseco en un promedio del 20 o 25%, se tiene que no es lo mismo hablar de $500.000 (Quinientos mil) del año de 1980 -fecha de expedición del Código-, a $500.000 (Quinientos mil pesos) del momento actual: Lo que es más grave aún, de acuerdo con ese proceso incontenible de deterioro del poder adquisitivo de la moneda nacional, por esa vía se llegaría, en un futuro no muy lejano, a la terrible y muy poco técnica realidad de que todos los peculados por apropiación encuadrarían en el inciso segundo del artículo 133, según el texto original del Código Penal, so pena, inclusive, de convertirse en peculados inocuos en razón de la nimiedad del monto de lo eventualmente apropiado por el funcionario.

En verdad, de haberse mantenido la reglamentación originalmente prevista en el artículo 133 del Código Penal, en un futuro no muy lejano (por no decir que ya para el momento actual), habida cuenta de que cualquier cosa de la que pudiese apropiarse el funcionario podría valer más de $500.000 (quinientos mil pesos), la utilidad práctica del inciso primero del artículo 133 del texto original del Código Penal habría decaído en ninguna, como que la norma que habría de aplicarse -si no en todos, cuando menos en la generalidad de los casos- sería la contemplada en el inciso segundo de la aludida norma, agravándose de manera indebida y puramente objetiva (aunque no pareciera haber sido ese el querer del legislador), la situación procesal y punitiva de quienes patentizaran este tipo penal: Por ello, la doctrina abogada por una urgente modificación y actualización de tal disposición, para que en vez de establecerse esos límites sobre la base de sumas fijas de dinero, se hiciese con sujeción a criterios actualizables (que no "flexibles"), como serían aquellos que tomasen en consideración el salario mínimo legal mensual.

3.1.2. En seguimiento de las consideraciones precedentes, tiénese que evaluamos como afortunado y pertinente el que se consagren tres tipos penales en relación con el Peculado por Apreciación, a tenor de la redacción que para el momento actual conjuga el artículo 133 del Código Penal (en atención a las modificaciones al mismo introducidas por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995): El primero, contemplado en el inciso segundo del precitado artículo, cuando el valor de lo indebidamente apropiado por parte del servidor público no exceda de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes; el segundo, contenido en el inciso primero de la misma norma, cuando el valor de lo indebidamente apropiado por el servidor, oscile entre los 50 y 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes; y el tercero, previsto en el inciso tercero de la misma disposición, cuando el valor de la indebida apropiación resulte ser superior a los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así, retomando en algo las disposiciones que para la determinación de la competencia se establecen en materia civil, en atención al factor cuantía, podríamos decir que el legislador nacional en materias jurídico-penales estableció un Peculado por Apropiación de **mínima** cuantía (menor de 50 s.m.l.), otro de menor cuantía (entre 50 y 200 s.m.l.) y, finalmente, uno de mayor cuantía (más de 200 s.m.l.), de tal manera que según sea el monto o cuantía de lo apropiado, será la pena imponible. Empero, en este punto cabría formular dos importantes precisiones, cuales las siguientes:

- En primer lugar, que la redacción de esta norma se cumplió, por parte del legislador, con arreglo a la consideración de un tipo penal básico, como lo es el previsto en el inciso primero, y de dos tipos penales subordinados, a saber, los contemplados en los incisos segundo y tercero.

No obstante, con una fórmula que pudiendo ser discutible resulta válida en nuestro sentir, el tipo penal básico es el que dice referencia al peculado por apropiación cuya cuantía oscila entre 50 y 200 salarios mínimos legales mensuales: Ello, porque mientras en el inciso segundo se establece una disminución punitiva para el evento en que el valor de lo apropiado sea inferior a 50 s.m.l.; en el inciso tercero se consagra una agravante, para la hipótesis en que el valor de lo indebidamente apropiado sea superior a 200 s.m.l., lo que tendrá hondas y delicadas repercusiones, como más adelante se verá.

- Pero, en segundo lugar, debe dejarse establecido que mientras las penas de presión y de multa se conciben, en abstracto, por parte del legislador, como de carácter principal, según los mandatos de los ordinales 1º y 3º del artículo 41 del Código Penal, en relación con la interdicción de derechos y funciones públicas habrá de decirse, con base en lo previsto en el ordinal 3º del artículo 42 del mismo Código Penal, que ella se entiende como pena accesoria, "cuando no se establezca como principal".

Quiere decir lo anterior, entonces, en relación con la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, que ella será una pena accesoria si nada expreso dispone el legislador dentro de la consecuencia jurídica de una determinada norma jurídica; pero que podrá ser pena principal, si expresamente el legislador la presenta como tal, en un evento particular.

Lo que se anota en precedencia resulta aplicable al caso que nos ocupa, por la sencilla razón de que si se observa el contenido normativo del inciso primero del artículo 133 del Código Penal -tipo penal básico en relación con el Peculado por Apropiación-, se colegirá que se trata allí de una figura delictual que reporta una triple consecuencia jurídica, todas ellas a nivel de pena principal: De un lado, la pena privativa de la libertad, bajo la modalidad de prisión; del otro, la pena pecuniaria, y, finalmente, la pena consistente en la interdicción de derechos y funciones públicas.

Como cada una de tales penas -se insiste, concebidas todas como principales- amerita de examen particular, a ello dedicaremos los párrafos subsiguientes:

3.2. PENAS IMPONIBLES.

Tomando como fundamento las consideraciones precedentes, podremos decir que las penas imponibles en cada una de las hipótesis previstas en el artículo 133 del Código Penal (con las modificaciones introducidas por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995), serían las siguientes:

3.2.1. EN CUANTO A LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Siguen siendo aquí válidas las reflexiones que al respecto consignábamos en ediciones anteriores de esta misma obra, en donde sobre el particular se sostenía lo siguiente:

3.2.1.1. Que en el evento de que el valor de lo apropiado no fuere superior a 50 salarios mínimos legales mensuales -hipótesis en la cual estaríamos ubicados en el inciso segundo del artículo 133 del Código Penal (modificado, como se ha dicho en repetidas oportunidades, por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995)-, tendríamos que tanto la pena mínima como la máxima eventualmente imponibles, se calcularían sobre la base de la siguiente fórmula algebraica:

$$X - Y,$$

en donde:

X= Pena básica imponible conforme a lo previsto en el inciso primero (art. 133 C.P.)

Y= Reducción punitiva autorizada por el inciso segundo (art. 133 C.P.).

En este orden de ideas se tendría lo siguiente:

* Que la pena mínima absoluta, que se calcularía desarrollando la proposición X - Y, tendría que considerar que

X= 6 años de prisión

Y= ¾ partes de X (máxima disminución punitiva que autoriza la norma),

de tal suerte que la prementada pena mínima sería, despejando los términos:

$$X - Y = X - \tfrac{3}{4}(X) =$$

$$6 \text{ años} - \tfrac{3}{4}(6 \text{ años}) = 6 \text{ años} - 4.5 \text{ años} = 1.5 \text{ años}$$

* Que, a su turno, la pena máxima absoluta se calcularía siempre dentro de la misma fórmula X-Y teniendo en cuenta que:

X= 15 años de prisión

Y= ½ X (lo mínimo que se autoriza disminuir la pena).

De donde:

$$X - Y = Y - 1/2\,(X) =$$

$$15 \text{ años} - \tfrac{1}{2}(15 \text{ años}) = 7.5 \text{ años}$$

3.2.1.2. Que en el evento de que el valor de lo apropiado oscile entre los 50 y los 200 salarios mínimos legales mensuales, estaríamos ubicados en el inciso primero del artículo 133 del Código Penal (modificado, como se ha dicho ya, por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995), y entonces las penas imponibles serían las expresamente indicadas en dicha norma, como que es este el tipo penal de referencia, a saber, pena mínima de 6 años y máxima de 15.

3.2.1.3. Por último, que en el evento de que el valor de lo apropiado fuere superior a 200 salarios mínimos legales mensuales, estaríamos ya ubicados en el inciso tercero del artículo 133 del Código Penal (modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995), y entonces las penas imponibles se calcularían sobre la base de la siguiente fórmula algebraica:

$$X + Y$$

En donde:

X= Pena (básica) imponible, según el inciso primero (art. 133 C.P)

Y= ½ X

Como fácilmente puede apreciarse, no solo hay diferencia aquí con relación a lo previsto en el inciso segundo, en el sentido de que mientras allá se restaba, aquí se suma (allá era una diminuente mientras acá es una agravante), sino que, adicionalmente, hay diferencia en el hecho de que mientras en el inciso segundo la disminución se hacía en una diferente proporción para los límites mínimos y máximos (para calcular la pena mínima se rebajaba sobre la base de las tres cuartas partes, al paso que para calcular la pena máxima sólo se rebajaba sobre la base de la mitad), en el inciso tercero el aumento se hace de manera fija, esto es, con arreglo a una sola proporción, tanto para el mínimo como para el máximo, en el entendido de que en ambos casos se opera sobre la base de la mitad.

Por tal vía se tendría:

* Que la pena mínima imponible en una tal eventualidad resultaría de verificar la siguiente operación:

$$X + Y = X + ½ (X) =$$

$$6 \text{ años} + ½ (6 \text{ años}) = 6 \text{ años} + 3 \text{ años} = 9 \text{ años}.$$

* Que la pena máxima imponible en esa misma hipótesis sería el equivalente al producto de la siguiente operación:

$$X + Y = X + ½ X =$$

$$15 \text{ años} + 1/2 \ (15 \text{ años}) = 15 \text{ años} + 7.5 \text{ años} = 22.5 \text{ años}$$

Evidentemente, no puede olvidarse que de cara a la consideración de estos aumentos punitivos (tomando como referencia lo previsto en el inciso primero), el legislador ha empleado la alocución "hasta", lo que quiere decir que tal incremento ni es fatal ni es perentorio, como que el mismo, pudiendo llegar "hasta" ese límite,

puede ser inferior al mismo, con lo que, finalmente, por ejemplo, la pena imponible en una hipótesis de Peculado por Apropiación superior a los 200 salarios mínimos legales mensuales, podría terminar siendo de 6 años y 1 día (y aún de los 6 años) .

3.2.2. *EN CUANTO A LA PENA PECUNIARIA*

En relación con la segunda pena de carácter principal que se establece en el artículo 133 para las tres eventualidades de Peculado por Apropiación allí reglamentadas, hemos de comenzar reconociendo que resulta altamente valioso y significativo, no solo desde el punto de vista político-penal sino, también, político-criminal, el hecho de que la consecuencia jurídica que comporta la imposición de una pena de carácter pecuniario, tampoco se haya establecido sobre la base de sumas fijas de dinero, que no solamente se tornan irrisorias en razón del inexorable paso del tiempo y del acelerado proceso inflacionario que se vive en nuestro país, sino que, más allá, en muchas oportunidades no consulta el grado de injusto de la conducta patentizada: Por ello, completamente acertado nos parece el que ahora la figura señale el valor de la multa como "equivalente al valor de lo apropiado" -al menos en el inciso primero-, como que por tal vía, según creemos, se extinguiría la probabilidad de que la conducta punible en comento aparezca como lucrativa, al eliminarse la posibilidad de que el agente delictual considere el importe de la multa dentro del rubro atinente a los "costos operativos" del delito.

Con todo, del hecho de que nos parezca acertada, adecuada y hasta plausible la idea de regular la multa con sujeción a salarios mínimos legales mensuales -que, como se sabe, reciben alguna forma de actualización año a año-, y no bajo el modelo de las sumas fijas de dinero, no se sigue que estemos nosotros de acuerdo con la implementación de la misma en sede el Peculado por Apropicación, a tenor de las reflexiones que a continuación se pasa a exponer:

3.2.2.1. Partamos de la premisa, ya conocida, de que mientras en el inciso primero del artículo 133 del Código Penal (modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995), la pena de multa resulta ser "equivalente al valor de lo apropiado", ello no termina siendo así con respecto a las otras dos variables de esta forma delictual, pese a que eso hubiera sido lo lógico y pertinente.

3.2.2.1.1. En efecto, si se revisa que conforme a lo previsto en el inciso segundo de la disposición en comento -donde se regula el peculado por apropiación inferior a los 50 s.m.l.-, se observa que, para tal hipótesis, el legislador ha dispuesto que "*dicha pena*", esto es, la del inciso primero, se disminuirá de la mitad a las tres cuarta s partes. Sucede que el legislador, en relación con este inciso segundo, pareciera haber olvidado que en el inciso primero no había conformado la consecuencia jurídica por una sola pena sino por tres, todas ellas con el carácter de principales, como se dijo al comienzo de este apartado. Y si ello es así, como en verdad se tiene que lo es, no puede menos que decirse que cuando el inciso segundo del actual artículo 133 del Código Penal dispone que la consecuencia jurídica

en el peculado por nosotros denominado de mínima cuantía (menor de 50 s.m.l.) dispone que "dicha pena", por referencia a la prevista en el inciso primero, se disminuirá en determinada proporción, es lo cierto que no lo está haciendo sólo con respecto a la pena privativa de la libertad sino que lo está haciendo en relación con las tres penas principales allí previstas.

Muy diferente hubiera sido que el legislador, en este inciso segundo, hubiera dicho que la pena privativa de la libertad, en el evento del peculado por apropiación de mínima cuantía, se disminuiría en determinada proporción tomando como referencia lo preceptuado en el inciso primero, sin mencionar deliberadamente las otras dos formas de sanción, en cuyo caso sí resultaría válido decir -como lo hacíamos nosotros en ediciones precedentes de esta misma obra- que en la hipótesis del peculado por apropiación de mínima cuantía la pena pecuniaria resultaría ser del mismo valor o cuantía de lo indebidamente apropiado. Pero si bien eso hubiera sido lo lógico o lo deseable -e incluso, lo que quizá quiso decir el legislador-, lo cierto del caso es que no fue eso lo que dijo: Lo que dijo es que "dicha pena", a saber, la del inciso primero, se disminuiría en una determinada proporción. Y como ese inciso no contempla una sola pena sino, como ha dicho ya en repetidas oportunidades, tres penas de carácter principal, entonces creemos que la disminución punitiva examinada anteriormente respecto de la pena privativa de la libertad, también habría de operar en relación con la pena de carácter pecuniario.

Bajo esta forma de razonar, entonces, por ilógico que parezca -pero fue lo que dispuso el legislador- la pena pecuniaria, en canto hace con el peculado por apropiación de mínima cuantía (menor a 50 s.m.l.), habría de tasarse considerando una disminución entre la mitad y las tres cuartas partes del valor de lo indebidamente apropiado por el servidor, con lo que se llega aquí a la ilógica conclusión de que sí es lucrativa esta figura delictual, en la medida en que la multa imponible termina siendo inferior al valor de lo apropiado, claro está, mientras ello encuadre dentro de los moldes propios del inciso segundo del actual artículo 133 del Código Penal.

3.2.2.1.2. Lo que acaba de consignarse resulta igualmente aplicable en el caso del peculado por apropiación de máxima cuantía, pero ya en disfavor del procesado. Para nosotros, lo lógico, consecuente y procedente, como decíamos en ediciones anteriores de esta obra, es que la multa sea siempre equivalente al valor de lo apropiado (sin perjuicio, claro está, de la acción civil indemnizatoria de perjuicios que debe ser paralelamente promovida por parte de la entidad de derecho público afectada con la materialización de tal hecho punible, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 190 de 1995): Empero, mientras en el peculado de mínima cuantía (inciso 2°) se le disminuye tal pena pecuniaria de la mitad a las tres cuartas partes, en el peculado de máxima cuantía sucede lo contrario, pues que la pena pecuniaria se calcularía sobre la base del aumento de la mitad, tomando como referencia el valor de lo apropiado, pues que no otro es el sentido y alcance de lo que dice, textualmente, la disposición que se examina.

3.2.2.2. Fuere de ello lo que fuere, lo cierto del caso es que un nuevo problema se plantea con la pena de "multa" en el ámbito del peculado por apropiación, si se tiene en cuenta lo previsto en el inciso primero del artículo 46 del Código Penal, según el cual *"la multa consiste en la obligación de pagar al Tesoro Nacional una suma no mayor de diez millones de pesos."* (Negrillas fuera del texto).

Cómo entender la disposición que acaba de transcribirse, al amparo de lo que venía diciéndose respecto del quántum de la multa en el peculado por apropiación? Muy seguramente, en el caso de los peculados por apropiación de menor y mayor cuantía, el valor de la multa imponible terminaría siendo superior a los $10.000.000 (diez millones de pesos), en atención al valor del salario mínimo mensual para la fecha. Significará ello que la pena de multa no podrá ser nunca superior a los prementados diez millones de pesos, con lo que resulta ineficaz e inconducente la discusión que sobre su cuantificación proponíamos en párrafos precedentes?

A nuestro modo de ver -subrayando una evidente y palmaria falla de técnica legislativa- la única forma de salvar esta aparente contradicción sería sosteniendo que, en ese punto en particular, la Ley 190 de 1995 modificó el contenido del inciso primero del artículo 46 del Código Penal, de tal manera que si bien el límite máximo de los diez millones de pesos para la multa es válido para la generalidad de figuras delictuales, no lo es para el caso concreto del peculado por apropiación, especialmente en sus modalidades de menor y máxima cuantía, en los que resulta muy factible y posible imponer una multa superior a tales topes.

Ciertamente, no nos parece muy técnica la solución, pero es la única forma que encontramos para auxiliar al legislador en la corrección de yerros de concepción y de redacción, en los que cada vez incurre con mayor frecuencia (para preocupación de la sociedad colombiana en general).

3.2.3. *EN CUANTO A LA INTERDICCIÓN DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS*

Si teníamos problemas para salvar la problemática atinente a la cuantificación de la pena pecuniaria, justo será decir desde ahora que mucho mayores serán para solucionarla respecto de la pena (principal) de interdicción de derechos y funciones públicas.

3.2.3.1. El problema comienza desde el momento mismo en que se confronta lo prevenido sobre esta pena principal en el peculado por apropiación de menor cuantía del inciso primero del actual artículo 133 del Código Penal -que, no puede olvidarse, es el tipo penal básico y de referencia para los otros dos, que conjugan la calidad de tipos subordinados-, con el contenido del artículo 44 ejusdem, en donde se evidencia una notable y protuberante contradicción.

Baste al efecto recordar que mientras en el inciso primero del actual artículo 133 del Código Penal (peculado por apropiación de menor cuantía, esto es, oscilante entre 50 y 200 s.m.l.), la pena de interdicción de derechos y funciones públi-

cas oscila entre los seis y los quince años, el artículo 44 del Código Penal, conforme a las modificaciones que al mismo le han sido introducidas por el artículo 3° de la Ley 365 de 1997, establece que la duración máxima de tal sanción es "hasta diez (10) años".

Muy posiblemente en su época se hubiera podido decir, como lo hacíamos nosotros anteriormente sobre la pena pecuniaria, que la Ley 190 de 1995 hubiese modificado el texto original del Código Penal, y, en este caso particular, todavía más, el texto del artículo 28 de la Ley 40 de 1993 que había modificado el precitado artículo 44 del Código Penal, de tal suerte que se hubiese podido argüir que tal norma encontraba una excepción en el peculado por apropiación (específicamente en el caso de sus variantes de menor y de máxima cuantía, según la denominación que aquí se ha dispensado), significando que la Ley 190 de 1995 era posterior no solo al Código Penal -que, como se sabe, es del año de 1980- sino también a la Ley 40 de 1993.

Pero ese razonamiento no es, no puede ser válido en nuestro sentir, cuando se recuerda que es una ley posterior al estatuto anticorrupción, a saber, la Ley 365 de 1997, la que en su artículo 3°, al modificar -una vez más- el contenido normativo del artículo 44 del Código Penal, indica que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas sólo puede ser por un máximo de hasta diez años: Por esta vía, somos del parecer de que el artículo 19 de la Ley 190 de 1995 ha recibido una tangencial modificación, atendiendo al hecho de que, para el momento actual, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas no puede ser superior, en ningún caso (la Ley 365/97 es obviamente posterior a la Ley 190/95), a los diez años.

3.2.3.2. Por esa vía habría de decirse, igualmente, que siguiendo los parámetros que anteriormente proponíamos para el cálculo de la multa en los incisos segundo y tercero, tomando como punto de referencia lo previsto en el inciso primero del actual artículo 133 del Código Penal, sería igualmente predicable respecto a la pena (principal) de interdicción de derechos y funciones públicas, en el entendido, claro está, que ella nunca llegue a establecerse por encima de los diez años.

Ello, naturalmente, en consonancia con el hecho de que al encontrarse prevista como principal, y no como accesoria, es de obligatoria imposición por parte del Fallador (no siendo ya discrecional, como sí lo habría sido de haberse contemplado como accesoria, conforme a lo indicado en el inciso primero del artículo 42 del Código Penal), siendo en principio coincidente -salvo la precisión que acaba de introducirse sobre el tiempo máximo de su duración- con el término de la pena privativa de la libertad, aspecto este en el que debe resaltarse lo normado en el artículo 55 del Código Penal, según el cual la pena de interdicción de derechos y funciones públicas *"se aplicara de hechos mientras dure la pena privativa de la libertad concurrente con ellas"*.

CAPÍTULO TERCERO

PECULADO POR USO

El Peculado por Uso aparece consagrado en el artículo 134 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, en los siguientes términos:

> "El [servidor público] que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o de 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 (1) a cuatro (4) años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.
> La misma pena se aplicará al [servidor público] que indebidamente utilice trabajo o servicios oficiales, o permita que otro lo haga".

Sobre la base de tal descripción típica, bien podría decirse que la estructura básica de este tipo penal obedece al siguiente esquema:

- Tipo penal de sujeto activo calificado, a saber, servidor público.

- Verbo rector alternativo y compuesto: Usar (indebidamente) y permitir usar, en el inciso primero; y utilizar (indebidamente) y permitir utilizar, en el inciso segundo.

- Objeto material igualmente alternativo, como que no solamente la conducta ejecutiva puede recaer sobre bienes que real o funcionalmente sean del Estado, sino, también, sobre trabajo o servicios oficiales.

- Que esos bienes se encuentren bajo la administración o custodia del servidor que los usa o utiliza (indebidamente), por razón de sus funciones.

1. ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

1.1. LOS SUJETOS.

Sujeto activo de esta infracción a la Ley Penal es, siguiendo la hipótesis general suficientemente explicada en páginas precedentes, el servidor público, con todas las características y consecuencias derivadas del contenido normativo del artículo 63 del Código Penal, modificado -como se sabe- por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995.

De otro lado, y en atención a la redacción misma de la norma, resulta viable predicar que tanto la Administración Pública, como los particulares, pueden llegar a ser sujetos pasivos de esta forma delictual: La Administración Pública, por vía general, siempre que la conducta ejecutiva recaiga sobre bienes que realmente sean de propiedad del Estado, como sería aquellos propiamente pertenecientes al Estado, así como aquellos pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga parte; y los particulares, cuando la conducta ejecutiva recaiga sobre

bienes que solamente de manera funcional puedan ser considerados como del Estado, hipótesis esta que se cumple en el caso de bienes de particulares que le han sido confiados al servidor público que posteriormente practica un uso indebido sobre ellos, por razón de sus funciones.

1.2. LOS OBJETOS.

1.2.1. *JURÍDICO.*

Tal como expresa ORTIZ RODRÍGUEZ[96], "el presupuesto actual de la norma, es la exigencia de que los empleados oficiales usen legalmente los bienes que por razón de sus funciones administran o custodian", de donde colige que lo que persigue la norma en estudio es, precisamente, "evitar que esos bienes, ese trabajo o ese servicio dejen de servir a la administración por servir a fines particulares", coligiendo que "esa conducta, sin duda, afecta la oportuna, pronta y eficaz administración pública".

1.2.2. *MATERIAL.*

Desde el punto de vista material, puede decirse que la conducta ejecutiva propia de esta forma de infracción a la ley penal puede recaer sobre bienes que, de manera real o funcional, sean del Estado: Con todo, agrega la disposición en comento, puede recaer, igualmente, sobre trabajo o servicio oficial.

1.2.2.1. *LOS BIENES REAL Y FUNCIONALMENTE DEL ESTADO.*

Ya sabemos que el objeto material del peculado en todas sus formas, se encuentra constituido, en principio, por los bienes que de manera real o funcional, pertenecen al Estado, es decir, tanto los bienes propiamente del Estado, como los de las empresas e instituciones en que este tenga parte y, en fin, los bienes de los particulares que le hayan sido confiados al servidor público (que posteriormente ejecuta la conducta peculadora), por razón de sus funciones.

Con todo, en relación concreta con el peculado por uso cabría practicar una doble precisión en relación con su caracterización, así: De una parte, si se trata de bienes fungibles o no; y de la otra, si se trata de bienes muebles o inmuebles. Veamos:

- Absolviendo el primero de tales cuestionamientos, vale decir, si es posible o no que los bienes sobre los cuales recae la conducta ejecutiva propia del peculado por uso, sean de naturaleza fungible, MORENO BRAND[97] propone que los patrones del derecho civil aquí no tienen plena eficacia, toda vez que los bienes fungi-

---

[96] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Manual de Derecho Penal especial.* Departamento de Publicaciones. Universidad de Medellín. 1985. 2a. ed. Pág. 75.

[97] Moreno Brand, William A.. *Derecho Penal Especial.* Wilches Editores. Cali. 1987. Pág. 82.

bles no pueden ser objeto de uso indebido, porque su uso implicaría imposibilidad de devolverlos.

En efecto, si se recuerda que según lo dispuesto en el artículo 663 del Código Civil:

> "Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan.
> Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles",

habremos de decir que, a pesar de que el dinero se considere como bien fungible en materia civil, las consecuencias en el campo del uso, para efectos del delito de peculado, son bien diferentes, porque el caso más típico de peculado por uso indebido se dá específicamente con el préstamo de los dineros del Estado.

Precisamente la Corte Suprema de Justicia, en auto de Febrero 25 de 1986, con ponencia del Dr. LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA, se pronunció a este respecto, indicando:

> "La Sala considera que en realidad existen planteamientos doctrinarios encontrados en torno a la posibilidad de aceptar o no el Peculado por Uso Indebido, cuando el objeto material es el dinero.
> Quienes descartan tal posibilidad, se fundamentan en la clasificación de las especies monetarias como bienes fungibles que hace el artículo 663 del C.C..
> Los doctrinantes que están por la afirmativa, presentan para sustentar la hipótesis, la posibilidad de préstamos indebidos de dineros del Estado, o el colocar a interés tales dineros para apropiarse de los réditos.
> Para ellos, la diferencia académica entre la apropiación y el uso indebido de los dineros, radica en la existencia o inexistencia de la intención restitutoria del reconocimiento del dominio ajeno, del ánimo de señor y dueño.
> "La disposición del dinero o billete como portador de valor abstracto sólo deviene relevante jurídico penalmente cuando al mismo tiempo se trate de disposición del valor de los mismos" (Roxin).
> Se sostiene que si en estos casos surge un propósito claro de devolver o reintegrar el dinero, sí puede configurarse el Peculado por Uso Indebido".

- Ahora bien, en cuanto a si se trata de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, ORTIZ RODRÍGUEZ[98] opina que los bienes a que se refiere la disposición pueden ser muebles o inmuebles, cosas corporales o incorporales como se anotó a propósito del peculado por apropiación.

---

[98] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 74.

1.2.2.2. *EL TRABAJO O SERVICIO OFICIAL.*

En el caso del peculado por uso, sacrificando, una vez más, la técnica en aras de la comprensión, el legislador nacional ha dado en incluir otros rubros dentro del concepto de objeto material de esta infracción, a saber, el trabajo o servicio oficial. Y si decimos que aquí se ha sacrificado la técnica en beneficio de la comprensión, es porque sencillamente, en nuestro sentir, tal precisión podría sobrar, en la medida en que el trabajo o servicio oficial puede englobarse dentro de los bienes que, de manera real, pertenecen al Estado, bien porque sean directamente suyos, bien porque lo sean de Empresas o Instituciones en que él tenga parte: Con todo, como lo que se "usan" son los bienes corporales, a tiempo que se "utilizan" los bienes incorporales, cual es el caso del trabajo o de los servicios oficiales, el legislador colombiano prefirió zanjar las eventuales discusiones al respecto, introduciendo el inciso segundo, como aclaración y precisión respecto del primero, como lo comprueba el hecho de que la pena imponible es exactamente la misma en una y otra hipótesis.

1.2.2.2.1. *LAS NOCIONES DE TRABAJO Y SERVICIO OFICIALES.*

Si bien en un primer momento, por Trabajo puede entenderse lo que concibe ORTIZ RODRÍGUEZ[99], esto es, "la acción y efecto de trabajar", por vías de lo cual concluye que por Trabajo Oficial, se entiende "la acción de trabajar de personas que sirven a la Administración", es lo cierto que una más atenta revisión de la norma nos obligará a practicar algunas precisiones, cuales las del siguiente tenor:

- En primer término, como lo propone FRANCO[100], que la noción de trabajo empleada restrictivamente para efectos penales, no coincide con la noción del Código Laboral, habida cuenta la ausencia de varios de los componentes introducidos por la definición legal de tal concepto. En efecto, el artículo 5o. del Código Sustantivo del Trabajo dispone que:

> "El trabajo que regula este Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúa en ejecución de un contrato de trabajo"

Y si a tal conclusión se arriba, es por la sencilla razón de que, como apunta FRANCO, la actividad prevista en la descripción comportamental contenida en el inciso segundo del artículo 134 del Código Penal, puede ser o no libre en sentido estricto, cual sería el caso del recluso de cuyo trabajo en el establecimiento se sirve y lucra el Director; a tiempo que, en la misma hipótesis propuesta, mal podría decirse que existe contrato de trabajo.

---

[99] Ibídem. pág. 74.

[100] Franco, Uriel. *El Peculado*. Editorial Temis. Bogotá. 1987. Págs. 134/135.

- Y la segunda, que partiendo de la idea de que el trabajo es todo esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, cabe decir que no protege la norma toda clase o toda suerte de trabajo, sino tan sólo el de carácter "oficial", esto es, el que se encuentra vinculado, adscrito o subordinado al cumplimiento de tareas o actividades propias de la Administración: En tal sentido, estará utilizando el trabajo oficial, el servidor público que destina algunos de los obreros de la cuadrilla de trabajadores que tiene bajo su mando para la construcción de una carretera, a la construcción de una vía de acceso a la finca de la cual es propietario. Por ello, ORTIZ RODRÍGUEZ[101] señala que "en forma concreta, es utilizar indebidamente los servidores del Estado que el agente administra, en tareas particulares del sujeto activo o de otro, pero siempre con carácter privado".

De otro lado, por servicio oficial puede entenderse aquellas actividades que no tiene como fin la producción inmediata o directa de bienes materiales, sino la producción de bienes de índole inmaterial, no corporales[102], tales como los servicios de telefonía, telégrafos, computadores (en cuanto a la información en ellos contenida), etc.: Consecuencialmente, incurriría en peculado por uso, en la forma de utilización indebida de servicios oficiales, el congresista que, prevalido de su condición de tal, verifique llamadas telefónicas de larga distancia a sus familiares en el extranjero, cargando las respectivas cuentas al erario público, o que envíe telegramas de saludo por la navidad o el año nuevo, con cargo indirecto a los contribuyentes.

1.2.2.2.2. *RELACIÓN ESPECIAL ENTRE EL AGENTE Y ESE TRABAJO O SERVICIO OFICIAL.*

Tanto en la hipótesis prevista en el inciso primero, como en la contemplada en el inciso segundo del artículo 134 del Código Penal que viene siendo examinado, es menester que obre o medie una especial relación de vinculación entre el agente delictual y el objeto material de la infracción: En el inciso primero, porque la norma expresamente lo indica, cuando dispone que tales bienes, es decir, aquellos que realmente funcionalmente pertenecen al Estado, han debido serle confiados al servidor público que de ellos posteriormente abusa, por razón de sus funciones, pudiendo aquí recordarse los planteamientos de MORENO[103], según los cuales "jamás podrá haber peculado por apropiación ni por uso indebido cuando el empleado oficial se extralimite para tomar bienes estatales o administrados por éste pero custodiados por otro empleado oficial, por tanto fuera de su órbita de gestión administrativa oficial. Así, pues, consideramos que habrá un delito común de hurto, de acuerdo al artículo 350 del actual Código Penal"

---

[101] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 74/75.

[102] Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal: partes general y especial.* Tomo III. Editorial Temis. Bogotá. 1984. Pág. 235.

[103] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 80.

Y en el inciso segundo, no solamente porque cuando la norma dice que la conducta típica se configura cuando la utilización de ese trabajo o servicio oficial sea indebido, lo que presupone un uso debido que obliga a que el mismo esté a cargo del mismo funcionario, sino que, de lo contrario, por expresa disposición de lo contemplado en el artículo 162 del Código Penal, podríamos estar en presencia de un Abuso de Funciones Públicas. En este orden de ideas, colegimos que ese trabajo o servicio deben haber sido colocados a disposición del agente, por su investidura oficial [104]. Consecuencialmente, si el trabajo o servicio público que indebidamente utiliza, no son de su administración, puede incurrir, bien en un Abuso de Función Pública, en los términos del artículo 162 del Código Penal[105], bien en un Hurto, en los términos contemplados en el artículo 350 del Código Penal[106].

1.2.2.2.3. *QUÉ ES LO QUE SE SANCIONA EN RELACIÓN CON LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TRABAJO Y SERVICIO PÚBLICO.*

En puridad, lo que se sanciona en relación con la utilización indebida de ese trabajo o servicio público es la disponibilidad de los mismos, pues como dice MORENO[107], "la disponibilidad de trabajo humano es lo que paga el Estado preferentemente", entendiendo que disponibilidad no es exclusividad, sino facultad de dar órdenes y de que estas sean obedecidas.

Por ello, LUIS CARLOS PÉREZ[108] enseña que esta conducta, es decir, la concerniente al denominado peculado por uso, ha de ser sancionada, en la medida en que ella interfiere la potestad del Estado de disponer de ese trabajo o servicio, con detrimento de los derechos contractuales. En síntesis, lo que se reprime es la afectación que esa conducta produce en el patrimonio público, "en la medida en que es un tiempo o actividad pagados por el Estado para cumplir objetivos públicos, que se utilizan con finalidades privadas"[109].

Ahora bien, la consecuencia inmediata del aserto anteriormente consignado, es la de que la disponibilidad de esos servicios para la Administración, no interfiere la contratación coetánea con otro patrono: Por eso, el trabajador puede llegar a cumplir una doble labor, cual sería el caso de contratar por fuera de su horario. Dicho de otra manera, esa facultad de disponibilidad sobre sus bienes, que debe tener la Administración, y con la cual debe contar en todo momento para el cumplimiento de sus fines, no interfiere la contratación coetánea con otro patrono,

---

[104] Gómez Méndez, Alfonso y Otros. *Derecho penal: parte especial.* Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1987. Pág. 49.

[105] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 73.

[106] Moreno Brand, William A. *Derecho Penal Especial.* Wilches Editores. Cali. 1987. Pág. 80.

[107] Ibídem. págs. 80/81.

[108] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 236.

[109] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 49.

siempre y cuando, obviamente, no se afecten los intereses funcionales de la Administración: como lo propone MORENO[110], perfectamente puede darse el caso de que el servidor público, por su cuenta y riesgo, contrate trabajo de trabajadores oficiales, sin utilizar el trabajo remunerado del Estado, haciéndolo por fuera de las horas o de los días ordinarios de labor de estos últimos; empero, a tal tesis habríamos nosotros de introducir una precisión, y es la de que el Estado, o, en nuestro caso concreto, la Administración, no se vea afectada ni real ni potencialmente, como que, por ejemplo, en el caso de los servidores públicos que cumplen labores intelectuales, mal harían en asesorar a las personas que gestionan intereses en sus Despachos, fuera del horario ordinario de labores, como que estarían incurriendo en la conducta punible contemplada en el artículo 157 del Código Penal, Asesoramiento y Otras Actuaciones Ilegales.

1.3. LA CONDUCTA.

Si se trata de clasificar este tipo penal, desde el punto de vista de la conducta ejecutiva, habríamos de decir que estamos en presencia de un tipo penal:

1.3.1. De conducta alternativa, como que ella no sólo puede consistir en un usar (los bienes), sino en utilizar (el trabajo o el servicio oficial) y, lo que es más, en permitir que otro lo haga (los use o utilice).

Usar es "disfrutar de una cosa"[111], esto es, es darle un empleo funcional a un objeto; utilizar es "aprovechar, sacar utilidad o partido de una cosa"[112] y, finalmente, permitir es "dar libertad o facultad de hacer, de decir o de emplear", es, en una palabra, tolerar[113].

Con todo, criticando esta última posibilidad, es decir, la alternativa propia de la conducta ejecutiva, según la cual es igualmente punible el permitir que otro use o utilice estos bienes, GÓMEZ MÉNDEZ[114] formula una aguda crítica al evaluar como "curioso" el hecho de que la disposición en comento contemple como conductas alternativas las de usar y permitir que otro use, toda vez que, en su sentir, no era necesaria la inclusión de la segunda modalidad, "pues si un empleado oficial permite que un tercero use indebidamente bienes públicos, es predicable de él la figura del uso por vía indirecta": Tanto la apropiación como el uso pueden estar orientados a obtener un provecho para el propio sujeto agente o para un tercero, de tal manera que si un servidor público -en la nueva terminología introducida por el Estatuto Anticorrupción-, por ejemplo, permite -hay que suponer que en forma

---

[110] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 81.

[111] *Diccionario Larousse.* Pág. 1044.

[112] Ibídem. pág. 1045.

[113] Ibídem. pág. 791.

[114] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 48.

intencional- que otro use el bien del Estado, simplemente está él mismo dando al bien un uso indebido. Desde luego si la permisión se deriva de una conducta negligente, el fenómeno que se presentaría sería el del peculado culposo.

A tal respecto, habríamos nosotros de decir que, si bien en un primer momento pareciera asistir la razón a tan distinguido comentarista de la ley penal colombiana, es lo cierto que, como ya hemos dicho en otras oportunidades, en veces es mejor sacrificar la técnica en aras de la comprensión, siendo este un nuevo ejemplo de tal situación, en donde el Legislador prefirió optar por la "tipicidad inequívoca" que por la "técnica legislativa", las que no siempre van de la mano.

1.3.2. De resultado material, pues que, como apunta el Profesor BERNAL PINZÓN[115], "Para su consumación se requiere la producción de un resultado externo independiente de la conducta". Dicho de otra manera, que se trata de un delito de daño o de lesión, y no de mero peligro, ya que"...el momento consumativo coincide con la efectiva lesión al interés jurídicamente tutelado"[116]

Evidentemente, habrá de reconocerse por parte nuestra que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Enero 24 de 1996, con ponencia del Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, se pronunció señalando que esta figura delictual se consumaba aunque no se causara daño, al decir:

> "En tratándose del peculado por uso (C.P. art. 134), no se requiere material menoscabo de los bienes de que allí se trata, sino que basta la sola contradicción con el normal funcionamiento de la administración pública, puesta de manifiesto en la falta de escrúpulo por parte del funcionario o empleado en el manejo de las cosas que se le han confiado por virtud de sus funciones, y que conlleva a que haya desconfianza en el servicio público.
> Por manera que, aparte del uso indebido que apareje dicho resultado, no es posible jurídicamente pretender que se extienda el daño a otros bienes en la tipificación del comportamiento, porque de lo contrario se estarían creando mas exigencias que las que el legislador tuvo en mira en la estructuración del tipo penal; y asimilar el caso a otras hipótesis consideradas por jurisprudencia y doctrina, bien distintas por cierto, es un desfase, y no de la criminología precisamente, inaceptable por las graves consecuencias que ello implicaría de cara a una recta administración pública.
> Frente al caso que se estudia, resulta indudable que en el ejercicio de sus funciones puede válidamente el funcionario o empleado judicial realizar todos los actos que son propios del proceso en relación con los instrumentos o bienes puestos a su disposición, o permitir, con el mismo propósito y con iguales limitaciones, que otros los realicen. Pero ya se cumplen actos arbitrarios con los mismos y por ende merecedores de reproche penal, cuando fuera de la órbita de sus funciones y

[115] Bernal Pinzón, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Temis. Bogotá. 1965. Pág. 34.

[116] Ibídem. pág. 35.

> con abuso de las mismas les dé o permite que se les dé por otro indebido uso, pues en esas condiciones desborda el encargo de custodia dado, se va más allá de los confines autorizados por la administración pública, atentándose de manera inequívoca contra ella"

1.3.3. Propio, porque solamente puede ser autor un sujeto calificado, en este caso representado por la noción de servidor público, ya examinada a espacio en precedencia.

1.1.4. Autónomo, porque, en la medida en que describe todos los elementos comportamentales pertinentes, no se necesita acudir al tipo penal básico de peculado para la estructuración típica de la conducta prohibida.

1.1.5. Privilegiado, toda vez que, a partir de su naturaleza de especial, reporta una consecuencia jurídica atenuada en relación con la contemplada en el tipo penal básico de Peculado (a saber, el del Peculado por Apropiación).

2. ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL TIPO.

Partiendo de la base de que, en atención a su redacción actual, la norma en comento no contempla elementos descriptivos del tipo, podremos decir, sí, que ella abarca elementos específicos de carácter normativo, siendo un tanto más discutible que comprenda elementos específicos de índole subjetiva.

2.1. SUBJETIVOS.

En nuestro sentir, la norma en examen no contempla elementos subjetivos del tipo. Con todo, GÓMEZ MÉNDEZ[117], pareciera vislumbrar uno de tales elementos, cuando escribe:

> "En el peculado se exige siempre la existencia de un propósito de aprovechamiento por parte del autor. En el fondo se trata de un delito -en sus modalidades más importantes- contra el patrimonio estatal".

Si bien tal observación puede ser atinada, en cuanto hace con la perentoriedad de ataque, real o potencial, contra el Patrimonio Estatal, no creemos, como lo hace GÓMEZ MÉNDEZ, que ellos nos autorice a predicar la existencia de un elemento subjetivo en este tipo, como que la norma no lo exige ni establece: Hacerlo, esto es, exigirlo, no solamente nos estaría conduciendo a usurpar funciones propias del Legislador y, lo que es más, a extender manto de impunidad, por absoluta atipicidad de la conducta, en todas aquellas hipótesis en las cuales no pudiese ser demostrado o establecido el propósito de aprovechamiento, cuando es claro que el interés protegido es el patrimonio de la Administración, y no la probidad, honestidad o pulcritud de los funcionarios (lo que sí haría exigible tal elemento subjetivo del tipo, a la manera en que sí lo hace expresamente el artículo 133, al

---

[117] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 47.

regular el Peculado por Apropiación, cuando exige la voluntad de obtener un provecho, lo que ni está contemplado ni implícito en la figura que ahora se analiza).

2.2. NORMATIVOS.

Ciertamente, el tipo penal en comento contempla varios elementos normativos, casi todos los cuales han sido por nosotros analizados, cuales los del siguiente tenor: servidor público; los bienes real y funcionalmente del estado; el trabajo y el servicio oficiales; la administración y custodia; por razón de sus funciones; y, finalmente, los verbos rectores de la conducta (usar, utilizar, permitir).

Por ello, de todos los elementos normativos que contempla este tipo penal, el único que nos restaría por analizar sería el correspondiente al uso indebido. Veámoslo:

2.2.1. *NATURALEZA DEL USO INDEBIDO.*

En sentido genérico, podemos decir con PÉREZ[118], que uso indebido es "el uso privado, no oficial, es decir, el que no está autorizado por ninguna norma legal ni reglamentaria", o, como lo precisa GÓMEZ MÉNDEZ[119], "es el que no está permitido por la norma (ley, decreto o reglamento) y del que el funcionario puede obtener algún provecho para sí o para otro".

En un sentido más concreto, podemos decir con apoyo en el mismo PÉREZ[120], que "uso indebido es la utilización temporal, casi siempre momentánea, de la cosa confiada al empleado, en beneficio de él mismo o de terceras personas, sin que ni aquel ni estas tengan el ánimo de apropiarse de ella". De allí, entonces, que pueda predicarse que existen dos sentidos diferenciales característicos de la figura: uno referido al tiempo durante el cual se verifica el uso, ya que este no puede ser indefinido, pues entonces se confundiría con la apropiación, y otro relacionado con el factor subjetivo, y es el reconocimiento del dominio oficial sobre los bienes.

Para ilustrar lo que se entiende por uso indebido dentro de los moldes típicos de esta figura, nada mejor que recurrir a las voces de la Corte Suprema de Justicia, que en auto de Noviembre 16 de 1988, practicó un análisis sobre el tema en los siguientes términos:

> "La norma -C.P. art. 134- está fuertemente influída para su debida interpretación por un elemento normativo del tipo, esto es, por la exigencia de que el uso se realice en forma indebida.
> La expresión indebida como elemento normativo que es, requiere una especial valoración cultural de connotaciones extrajurídicas.

---

[118] Pérez, Luis Carlos. Pág. 234.

[119] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 47.

[120] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 233-234.

A algunos funcionarios públicos de cierta jerarquía, por ejemplo, se les asignan vehículos para uso personal y no sólo para el cumplimiento de las funciones inherentes a su cargo; por lo que resultaría hiperbólico estimar que si lo utiliza en forma diversa de la usual ruta de la casa a la oficina, incurre en peculado por uso, así se trate del llamado transporte benévolo.

Igual ocurre con el uso del teléfono cuando se trate de llamadas relacionadas con la vida cotidiana del funcionario, como serían las que hiciere a su familia, así sean de larga distancia, siempre que estén dentro de un uso razonable, o como lo dice la ley, no indebido. Cuando el Estado exige a un funcionario que dedique sin ningún límite de tiempo la totalidad de su esfuerzo personal a su servicio, es necesario que simultáneamente le posibilite el desarrollo normal de su vida cotidiana.

Pero en el caso en estudio ni siquiera se dieron estas circunstancias, porque la doctora... no hizo un uso indebido de los teléfonos de su oficina, pues según aparece establecido en el expediente, ella llamó a su hija, asumiendo personalmente los costos de la llamada, para lo cual, mucho antes de que se le formulara denuncia, solicitó a la Pagaduría de la entidad en carta que reposa en el expediente, que se le liquidaran las llamadas personales a su cargo, para proceder a su pago.

No es necesario por tanto averiguar, si dada la cuantía de las llamadas y la frecuencia de las mismas, hubo un uso indebido del teléfono de su despacho, porque lo hizo asumiendo directamente los costos que ello implicaba".

2.2.2. *LA NOBLEZA DEL MOTIVO NO ELIMINA EL USO INDEBIDO.*

Tal como lo expresa PÉREZ[121], la nobleza del motivo no elimina lo indebido respecto del uso, cuando propone:

"La costumbre de facilitar elementos oficiales para fines exclusivamente privados o de propaganda, no previstos en la ley ni en los reglamentos, no elimina la incriminación conforme el art. 134. Tampoco se excluye o se desnaturaliza la infracción cuando esos fines son altos o recomendables. No hay justificación posible fuera del estado de necesidad, como cuando se destinan fondos y contingentes humanos y de cualquier otro orden a la salvación de vidas o bienes afectados por una catástrofe".

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Casación Penal, en fallo de Abril 10 de 1958, explicó que "los motivos nobles o altruístas sirven para amenguar la pena, pero no para excusarla".

2.2.3. *CONSIDERACIONES PARTICULARES.*

Dos consideraciones particulares nos permite trazar la temática correspondiente al uso indebido: La primera, relacionada con los efectos jurídicos de un eventual

[121] Ibídem, págs. 234/235.

uso debido; y la segunda, atinente a las consecuencias de una permisión derivada de conducta negligente.

- Cuanto a lo primero, esto es, qué pasa cuando se dá el uso debido, habremos de decir que es claro que, en uno de tales eventos, no habrá adecuación típica y, consecuencialmente, la conducta no será punible: No es, pues, tanto un problema de antijuridicidad, cuanto de tipicidad, habida cuenta la expresa consideración legal del elemento uso indebido (faltando tal elemento, lo que se tiene es una conducta atípica, y no una conducta adecuada a derecho).

- Sobre lo segundo, esto es, lo que pasa cuando la permisión se deriva de una conducta negligente, diremos que, frente a uno de tales eventos, estaremos en presencia de un Peculado Culposo, en los términos y condiciones del artículo 137 del Código Penal, lo que quiere decir que si ni siquiera hay culpa, la conducta no es punible.

3. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

3.1. FORMAS IMPERFECTAS.

En orden a resolver la temática correspondiente a la posibilidad de que esta forma delictual observe la forma imperfecta de la tentativa, hemos de recordar, previamente, qué es lo que se protege o tutela, con la acriminación de este comportamiento, como que, a partir de allí, podrá entrar a determinarse cuál es el momento consumativo del mismo, y, consecuencialmente, la posibilidad o no de que admita la Tentativa.

Sobre lo primero, justo será recodar con BERNAL PINZÓN[122], que en Colombia, desde la vigencia del Código Penal de 1936, se ha venido sosteniendo una teoría según la cual, en atención a que este delito ofende la confianza, la lealtad y el prestigio de la Administración Pública, para que se consume esta forma delictual, no es necesario que se haya producido ningún daño patrimonial. En tal sentido, el autor en cita recuerda que según ANTONIO VICENTE ARENAS, "el peculado es un delito de peligro y no de lesión, porqué para que se consume no es necesario que se produzca un daño efectivo. Es delito formal cuya consumación se opera al dar aplicación oficial diferente o hacer uso indebido de los caudales, aunque de ahí no se siga perjuicio para nadie", en tesis que es seguida, entre otros, por el profesor PEDRO PACHECO OSORIO[123], para quien el peculado por uso se "consuma este con el uso indebido (la sustracción o apropiación), siendo indiferente que la administración pública haya sufrido un perjuicio o solo corrido un peligro".

Así las cosas, según la opinión más generalizada en nuestro medio, el daño patrimonial en perjuicio de la Administración Pública no es elemento constitutivo del

---

[122] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 28.

[123] Ibídem, pág. 29.

Peculado, de tal suerte que bien puede darse el Peculado consumado, sin que se haya causado ese daño o perjuicio, tal como dió en reconocerlo la Corte Suprema de Justicia en auto de Abril 28 de 1959[124], al apuntar que:

> "La Administración Pública la lesiona el Peculado, sin consideración al valor, en sus conceptos de integridad, prestigio, confianza de los asociados en el Estado y sus Instituciones, siendo siempre secundario el daño económico, que puede no existir o ser oportunamente resarcido".

Con todo, no es esa la posición que acoge BERNAL PINZÓN[125], como que para él, con apoyo en reconocidos autores como ALFREDO DE MARSICO, NELSON HUNGRÍA, SEBASTIÁN SOLER y FILIPPO GRISPIGNI, no hay "la menor duda de que para la subsistencia del peculado es indispensable la producción de un daño en el patrimonio de la administración pública". No obstante, nosotros creemos que, de acuerdo con la sistemática y la redacción actual del tipo penal en comento, en parte alguna de la norma se exige tal daño, y mucho menos si se atiende al objeto jurídico de este tipo penal, que no es otro, subrayado por el mismo GRISPIGNI, a quien da en citar BERNAL PINZÓN[126], de que "el resultado del delito de peculado está representado por la pérdida de hecho, *de la posibilidad de disposición de la cosa* por parte de la administración pública; y, correlativamente, de la disponibilidad de hecho de la cosa misma por parte del agente ó del tercero".

Si ello es así, como en verdad creemos que lo es, lo que se ofende con la materialización de este comportamiento, no es otra cosa que la disponibilidad misma de la Administración, respecto del bien que es o ha sido indebidamente usado o utilizado por parte del agente delictual. Y por ello, en consecuencia, creemos que no es necesario que se produzca daño o perjuicio efectivo para la Administración, de suerte tal que el momento consumativo de este delito, coincide con el instante mismo en que se dá tal uso o utilización indebidos.

Con arreglo a tal planteamiento, habremos de decir que, si bien ello resulta posible desde el punto de vista estrictamente académico, bastante difícil resulta, en la práctica, encontrar un ejemplo de tentativa de peculado de uso, en la modalidad contemplada en el inciso primero del artículo 134 del Código Penal, vale decir, la que dice referencia al uso de los bienes, real o funcionalmente, de la Administración, como que esos bienes o se han usado (caso en el cual ya estaremos en presencia de la forma consumada del delito) o no se han usado (caso en el cual ni siquiera hay acción, en sentido jurídico-penal, motivo por el cual no podría decirse nunca que exista tentativa bajo esa hipótesis): Y a tal conclusión llegamos, preci-

---

[124] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de Abril 28 de 1959. Gaceta Judicial, número 2214, pág. 150.

[125] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 33.

[126] Ibídem, pág. 33.

samente, porque desde el momento en que para nosotros no es necesario que se produzca daño efectivo alguno a la Administración, desde el punto de vista patrimonial, como que entendemos, según lo anteriormente expuesto al respecto, que lo que se sanciona es el atentado a la disponibilidad que sobre esos bienes ha de tener la Administración, desde el momento en que el agente delictual comienza a usar el bien, se tiene consumada la conducta ejecutiva y, consecuencialmente, excluida cualquier posibilidad de tentativa.

Ahora bien, otra tiene que ser nuestra posición con respecto a la utilización del servicio y/o el trabajo oficiales, habida cuenta que, en la medida en que respecto de su empleo para los desviados propósitos que persigue el agente delictual, se encuentra comprometida la actuación de otra persona, esto es, la que desempeña el trabajo o la encargada directamente de la prestación del servicio, sí creemos posible y factible la patentización de formas imperfectas respecto de la conducta prevista en el inciso segundo del artículo 134 del Código Penal, como que es posible que, una vez que el agente delictual tenía todo dispuesto de cara a la utilización de tal trabajo o servicio, una circunstancia ajena a su voluntad pudo haberse interpuesto en su designio criminoso, frustrándolo e impidiendo su consumación, apareciendo como sancionable tal comportamiento, entonces, bajo la fórmula de la tentativa que prevé el artículo 22 del Código Penal.

Por todo lo anteriormente expuesto, consideramos que, de cara a la determinación de la posibilidad o no de que este delito admita las formas tentadas, no puede resolverse de manera general, como lo hace BERNAL PINZÓN[127], señalando que, siempre que se trata de un delito material, "porque para su consumación se requiere la producción de un resultado externo independiente de la conducta", se colige que "la posibilidad de la tentativa es plenamente admisible": Recordando que nosotros partimos de un supuesto diferente al que para estos efectos utiliza el maestro BERNAL PINZÓN, no podemos menos que decir que, en nuestro sentir, cuando menos tiene que distinguirse, en abstracto, entre la conducta prevista en el inciso primero del artículo 134, de la conducta prevista en el inciso segundo del mismo artículo.

3.2. CONCURSO DE TIPOS PENALES.

3.2.1. *CONCURSO APARENTE.*

Es evidente que el Peculado por Uso del cual venimos ocupándonos, puede llegar a confundirse, en algunas ocasiones, con otras formas de Peculado, presentándose así lo que la doctrina denomina un concurso aparente de tipos penales, razón por la cual es del caso proceder a su precisa diferenciación, en los siguientes términos:

---

[127] Ibídem, pág. 34.

3.2.1.1. *CON EL PECULADO POR APROPIACIÓN.*

El Peculado por Uso presenta una diferencia básica con el Peculado por Apropiación, pues es evidente que en el primero existe el propósito de reintegrar el bien, es decir, de imprimirle una razonable temporalidad, mientras que en el de apropiación no hay intención de reintegro.

3.2.1.2. *CON EL PECULADO CULPOSO.*

Para esta altura de la exposición debe ser ya claro que si la diferencia esencial entre el peculado por uso y el peculado culposo, en cuanto hace con la permisión al tercero para el uso de la cosa, radica precisamente en la intencionalidad, vale decir, que en el peculado por uso es algo autorizado por el agente en favor del tercero, a tiempo que el peculado culposo es algo que acaece por la culpa conjugada por el actuar del agente delictual. Y es evidente que, en esta última hipótesis, si ni siquiera se puede predicar la mediación de un obrar culposo de parte del servidor público, no podrá hablarse de tal forma delictual en desmedro suyo.

3.2.2. *CONCURSO EFECTIVO.*

Al lado de esos casos de concurso aparente de tipos penales, consideramos que sí hay eventos en los cuales se presenta un concurso efectivo, como cuando el agente, con varias acciones, infringe varias disposiciones de la ley penal, presentándose así lo que, tradicionalmente, se denominaba, un concurso material de tipos penales.

La primera hipótesis se presentaría, por ejemplo, cuando a más de utilizar indebidamente los bienes oficiales que le han sido encomendados, el servidor público incurre en una Intervención en Política, en la forma prevista en el artículo 158 del Código Penal, evento en el cual habría de sancionarse tal comportamiento de conformidad con las previsiones normativas contempladas en los artículos 26 y subsiguientes del mismo Código Penal: Ese sería el caso del alcalde que emplea los carros del municipio para traer a la cabecera municipal a los potenciales electores de su partido (peculado por uso), y una vez reunidos ellos en la plaza pública, toma la palabra para practicar arengas de corte político en favor suyo o de uno de sus copartidarios (intervención en política).

La segunda hipótesis se presentaría cuando, a más de utilizar el trabajo oficial, el servidor público usa los bienes de la Administración, como cuando en el ejemplo del secretario de obras públicas que se lleva a algunos de los obreros adscritos a su dependencia, para que abran un camino de acceso a su finca particular, emplea las volquetas, herramientas y maquinarias de la entidad a su cargo, para tales menesteres, patentizando así no sólo la conducta prevista en el inciso primero del artículo 134 del Código Penal, sino también, y al mismo tiempo, la contemplada en el inciso segundo ejusdem. Por ello, acogemos las palabras de GÓMEZ MÉN-

DEZ[128], según las cuales casi siempre la utilización indebida del trabajo oficial va acompañada del mal uso de los bienes del Estado, como quiera que en la mayoría de los casos quien cumple una labor requiere de objetos materiales para su realización, que por lo general no son otros que los que la administración le ha asignado al servidor.

Evidentemente, esta última hipótesis nos permitiría contemplar una tercera, un poco más complicada (que no por ello menos frecuente en nuestro medio) que la anterior, cual sería aquella en la cual el servidor público utiliza el trabajo oficial para sus fines particulares, valiéndose de los bienes de la Administración (maquinaria, herramientas, etc.) y apropiándose de algunos materiales, para la construcción de la referida obra de beneficio particular suyo: En tal hipótesis, creemos, se estaría en presencia de un concurso efectivo de tipos penales, entre las conductas previstas en los incisos primero y segundo del artículo 134 del Código Penal, y la contemplada en el propio artículo 133 ejusdem, vale decir, un concurso entre Peculado por Uso (propiamente dicho), Peculado por Utilización y, finalmente, Peculado por Apropiación.

Si a tal conclusión arribamos, es precisamente porque en nuestra ley penal no existe una norma expresa, relativa al denominado delito complejo, cual la existente en el artículo 84 del Código Penal Italiano[129], que observa el siguiente tenor literal:

> "Las disposiciones de los artículos precedentes [que dicen referencia a la regulación del "concurso de tipos", aclaramos] no se aplican cuando la ley considera como elemento constitutivo, o como circunstancia agravante de un solo delito, hechos que constituyan, por sí, delito.
> Cuando la ley, en la determinación de la pena, por el delito complejo se refiera a la pena establecida para el solo delito que lo constituya, no puede ser superado el límite máximo indicado en los artículos 78 y 79".

Qué es lo que queremos entonces significar? Lo que queremos decir es que si, en nuestro medio, existiese una disposición como la que existe en la Ley Penal Italiana, eventualmente (y no siempre), podríamos llegar a sostener que, frente a una hipótesis como la por nosotros últimamente propuesta, estaríamos frente a un delito complejo, con las consecuencias punitivas que ello comportaría. Más aún, si en materia de Peculado existiese alguna disposición como la contenida en el numeral 3o. del artículo 350 del Código Penal, que refunde en una sola norma el hurto del artículo 349, con la violación de habitación ajena que actualmente contempla el artículo 17 de la Ley 23 de 1991 (y consecuencialmente excluye la posibilidad de concurso efectivo de tipos penales), podríamos predicar una tal solución para la hipótesis propuesta: dado que no existe ni lo uno ni lo otro, la única solución via-

---

[128] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 50.

[129] *Codice Penale e Legii Complementari*. Edizioni Simone. Napoli. 1992.

ble es la del concurso efectivo de tipos penales, que ha de ser sometida a las reglamentaciones contenidas en los artículos 26 y subsiguientes del Código Penal.

4. PUNIBILIDAD.

Las penas imponibles para los dos tipos penales contemplados en el artículo 134 del Código Penal, son exactamente las mismas, a saber: prisión de uno a cuatro años, a más de interdicción de derechos y funciones públicas de uno a tres años.

Es precisamente esa dosificación de la sanción imponible, de cara a la conducta allí regulada, la que lleva a GÓMEZ MÉNDEZ[130] a abogar por la "despenalización" de este comportamiento, argumentando que el tratamiento penal no es el más adecuado para esta clase de acciones que podrían impedirse más fácilmente a través de un eficaz y ágil procedimiento disciplinario: No tiene sentido "armar" un proceso penal para demostrar que un empleado oficial utilizó durante dos o tres horas para actividades particulares el vehículo oficial que tiene asignado, concluye el citado autor, en criterio que compartimos.

Tal parecer no pareciera ser tan descabellado, si se tiene en cuenta que ya el maestro BERNAL PINZÓN[131] manifestaba, desde hace buen tiempo, similar opinión en relación con esta disposición, cuando anotaba:

> "El peculado de uso como forma delictuosa es letra muerta en Colombia, y apenas de vez en cuando, si se trata de un "pez gordo", la justicia se ocupa de tal infracción. Estas infracciones deberían ser sancionadas apenas con medidas de carácter disciplinario (multa, suspensiones, etc.)."

Finalmente, cabe anotar que tanto para esta, como para las demás formas de Peculado previstas en este Capítulo, resulta operante la "diminuente punitiva" contemplada en el artículo 139 del Código Penal. Y frente a tal dispositivo, cabe formular dos apreciaciones:

- La primera, que ciertamente la cesación del mal uso del bien sobre el cual ha recaído la conducta ejecutiva propia del Peculado por Uso, deja intacto el delito, como que apenas atenúa la sanción: En otras palabras, del hecho de que se haga cesar el mal uso no se sigue que desaparezca el carácter ilícito del comportamiento, sino que la pena podrá disminuirse en los términos y condiciones contemplados en los dos primeros incisos del artículo 139 del Código Penal;

- Y la segunda, que si el "reintegro" es solamente parcial, y no total, lo único que podrá hacer el Juez, y ello de manera excepcional, es disminuir la pena imponible, de acuerdo con la preceptiva establecida en el inciso final del mismo artículo 139.

---

[130] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 48.

[131] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 28.

CAPÍTULO CUARTO

PECULADO POR ERROR AJENO

Haciendo eco de las modificaciones generales introducidas por el parágrafo único del artículo 18 de la Ley 190 de 1995, así como por el artículo 32 de la misma ley, habremos de decir que el artículo 135 del Código Penal, que consagra el Peculado por Error Ajeno, observa en la actualidad el siguiente contenido normativo:

> "El [servidor público] 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 entre diez (10) y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes] 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".

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

A diferencia del Código Penal actualmente vigente, el Código Penal de 1936 contemplaba como una forma de concusión, la misma conducta que actualmente se considera como peculado por error ajeno, cuando en el artículo 159, enmarcado dentro del Capítulo correspondiente a la concusión, disponía:

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

Por qué se ubicaba, dentro de la legislación penal anteriormente vigente, la conducta que hoy se califica como peculado por error ajeno, como una forma "impropia" de concusión? La explicación a tal postura, sin duda, pareciera ser de índole histórica, cual es la reseñada por el maestro BERNAL PINZÓN[132], quien enseñaba que esta figura delictiva, como la gran mayoría de las que integran el Título III del Código Penal, fue tomada del Código Italiano de 1889 (llamado Código de Zanardelli). Al igual que este estatuto, nuestro Código cometió el grave error de colocar esta figura en el capítulo correspondiente a la concusión; error de ubicación que fue reparado oportunamente por el legislador italiano de 1930, que lo situó correctamente en el capítulo correspondiente a la materia del peculado, ya

---

[132] Bernal Pinzón, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Temis. Bogotá. 1965. Pág. 51.

que, como lo veremos en seguida, es allí en donde debe estar colocado y no en el de la concusión, delito con el cual tiene un parentesco jurídico muy lejano.

El error de ubicación, según se lee en las actas, se debió a una interpretación de la norma propuesta por el Comisionado Doctor CARLOS LOZANO Y LOZANO. En las actas de la Comisión Redactora del Código, se lee que los comisionados CÁRDENAS y ESCALLÓN propusieron el artículo a la consideración de los otros miembros y que su colocación estaba dentro del capítulo del peculado, pero luego, al ser sometido a una revisión por todos los miembros de la Comisión, "el doctor LOZANO observa que el hecho contemplado en esta fórmula no constituye el delito de peculado, sino que es precisamente uno de los casos de concusión, y propone, por tanto, que este artículo sea pasado al capítulo de la concusión; así se convino".

Cuál ha de ser, entonces, la ubicación definitiva y correcta de esta conducta punible? Habrá ella de ser ubicada como una forma impropia de concusión, tal como lo hacía el Código Penal de 1936, según lo anteriormente consignado; o, por el contrario, habrá ella de ubicarse, a la manera que lo hace el Código Penal actualmente vigente, como una forma de peculado, concretamente un peculado por error ajeno?

Anticipando conceptos, digamos que nosotros somos partidarios de la segunda posición, vale decir, aquella que predica la ubicación de esta conducta como una forma de Peculado, en la medida en que consideramos que estructural, ontológica y axiológicamente se compadece más con tal figura delictual que con la concusión: En efecto, superando la visión del legislador colombiano de 1936, para quien era una modalidad de la concusión la conducta del agente delictual que "no sacaba del error" en el que se encontraba incurso, a la persona que pagaba lo que no debía o pagaba en exceso a lo debido (por ejemplo), a la que estimaba impropia en la medida en que no había existido un actuar positivo del agente, sino meramente pasivo; nosotros somos del parecer de que, en la medida en que se está afectando el patrimonio de la administración (toda vez que se está practicando una apropiación, retención o uso, de unos bienes que funcionalmente son de la Administración, como que, precisamente por ello es por lo que el sujeto pasivo hace entrega de los mismos al servidor público), a tiempo que se está afectando el buen nombre, la buena imágen y la correcta marcha de esa misma Administración (razón por la cual, sea ello dicho de paso, se sostiene que es este un delito pluriofensivo), más se compadece esta conducta con la del peculado, que con la concusión, evaluando como correcta la ubicación que de la misma ha hecho el legislador nacional de 1980.

Empero, justo es reconocer que no es ese un criterio original nuestro, como que el mismo era ya propuesto por el mismo BERNAL PINZÓN[133], en vigencia del Código Penal de 1936, cuando exponía que era equivocada la ubicación del

[133] Ibídem, págs. 53-54.

artículo dentro del capítulo de la concusión, ya que entre las dos figuras existen diferencias sustanciales, haciendo que el delito que ahora examinamos tenga mayores similitudes con el peculado -en donde debería entonces aparecer regulada esta conducta- que con la concusión. Y agregaba:

> "Una diferencia esencial entre la concusión propiamente dicha y este delito, radica en que, a diferencia de la concusión, la tenencia de la cosa en poder del agente no depende de su actividad; en esta forma criminis, el agente no "constriñe" ni menos "induce" para obtener el objeto de la apropiación. Esencial en la concusión es que el agente constriña o induzca a alguien para que, como efecto, como consecuencia del constreñimiento o inducción, el tercero dé o prometa al funcionario dinero u otra utilidad. Se trata, pues, de una conducta eminentemente activa; en cambio, en la figura a que se refiere el artículo 159 [del Código Penal de 1936, aclaramos] no existe ni el constreñimiento ni la inducción característicos de la concusión; sino que la entrega del dinero o los efectos que recibe o retiene el funcionario, son consecuencia de un error no provocado por él. Si la entrega del objeto material del delito ha sido consecuencia de inducción o constreñimiento, lo que hay es concusión (artículo 156) y no la figura que se examina".

Tal parecer es acogido, en la doctrina nacional contemporánea, entre otros, por GÓMEZ MÉNDEZ[134] y por ARENAS[135], quien específicamente, comparando el sistema del Código Penal de 1936, con el del Código Penal actualmente vigente, llega a sentenciar que es más técnico el segundo sistema porque aquí el funcionario no desarrolla actividad ninguna para hacerse entregar el dinero o los efectos de que se aprovecha, toda vez que su actitud es completamente pasiva.

2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

2.1. ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

2.1.1. *LOS SUJETOS.*

El sujeto activo de esta figura no es otro que el Servidor Público, entendido en los términos previstos en el artículo 63 del Código Penal, a lo cual hicímos ya una amplia referencia en acápites anteriores, resaltando la modificación introducida por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995.

Por otro lado, y conforme a la redacción de la norma, sujeto pasivo de esta infracción a la ley penal puede ser tanto un particular, como otro servidor público.

---

[134] Gómez Méndez, Alfonso. *"Delitos contra la Administración Pública"* en *Derecho Penal: parte especial.* Tomo I. Autores Varios. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1987. Pág. 51.

[135] Arenas, Antonio Vicente. *Comentarios al Código Penal colombiano: parte especial.* Tomo II. Editorial Temis. Bogotá. 1989. Reimpresión de la 6a. ed. Pág. 36.

Por ello, no compartimos las expresiones de ORTIZ RODRÍGUEZ[136], quien analizando este punto en particular señala que mientras el sujeto pasivo de este comportamiento es el Estado, "en tanto titular del bien jurídico protegido, pues la conducta afecta el prestigio de la administración y además su patrimonio, pues ella debe responder por el daño que al particular causa el hecho", estima que, como perjudicados, si puede tenerse a un particular, a más del propio Estado.

No compartimos tal posición, por la sencilla razón de que, a nuestro modo de ver, tanto es titular la Administración del bien jurídico genéricamente tutelado dentro del Peculado, como el particular, de manera específica, cuando su patrimonio particular es esquilmado por el servidor que se apropia o retiene de los bienes que, por error, el primero le entregó, habida cuenta que, no puede olvidarse, estamos aquí en presencia de un delito pluriofensivo.

De allí, entonces, que optemos nosotros por acoger los planteamientos de BERNAL PINZÓN[137], para quien el titular del interés jurídico tutelado puede ser, además de la administración pública, también el del interés patrimonial lesionado con el delito. Por tanto, no se trata de un delito con sujeto pasivo único, sino en el que pueden concurrir -y de ordinario así sucede- dos sujetos pasivos: la administración pública y el particular que sufre la lesión en su patrimonio.

2.1.2. *LOS OBJETOS.*

2.1.2.1. JURÍDICO.

Explicando lo correspondiente al objeto jurídico, esto es, a lo que de manera particular protege esta forma de peculado, BERNAL PINZÓN[138] propone que el interés jurídico tutelado con la incriminación de esta forma de conducta no puede ser otro que el de tutelar el buen nombre, la honestidad y probidad de la administración pública, en cuanto se refiere a la observancia de los deberes de sus representantes -los funcionarios públicos- obligándolos a la restitución de las cosas que hayan recibido por error.

Por qué decimos con BERNAL PINZÓN que lo que se protege con la acriminación de este comportamiento es, entre otros, el buen nombre, la buena imagen de la Administración? Sin duda alguna, la mejor respuesta a ese interrogante la ofrece ORTIZ RODRÍGUEZ[139], al indicar que lo que debe hacer el servidor cuando en razón de su investidura recibe un bien que por error de otro se le ha dado o enviado, es devolverlo inmediatamente a quien lo ha entregado, o conservarlo para devolverlo pero sin sacar ningún provecho o ventaja de ese bien.

---

[136] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Manual de Derecho Penal especial.* Departamento de Publicaciones, Universidad de Medellín. 1985. 2a. ed. Pág. 79.

[137] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 53.

[138] Ibídem. Pág: 53.

[139] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 79.

Por ello, el mismo autor en cita se encuentra habilitado para indicar, más adelante, que el presupuesto actual de la norma es evitar el desprestigio de la administración y el menoscabo patrimonial eventual de la misma. El interés tutelado por la ley, en este caso, es proteger el prestigio y el patrimonio de la administración, pero también la integridad moral y la honradez de los servidores públicos contra su propia conducta.

2.1.2.2. MATERIAL.

En líneas generales, puede decirse que el objeto material de esta infracción, lo constituyen los bienes recibidos por el servidor público por error ajeno. No distingue la norma entre bienes particulares y bienes oficiales, luego puede darse el delito respecto de estas dos especies de bienes.

No obstante, desde el momento mismo en que parco, en grado sumo, ha sido el legislador nacional al tratar el tema de los bienes, entendidos como el objeto material de esta forma de infracción a la ley penal, cabe formular algunos interrogantes en relación con la interpretación y alcance que deba o pueda darse a tal expresión, como los que a continuación se proponen:

2.1.2.2.1. *PUEDE RECAER SOBRE BIENES EN LOS QUE TENGA DISPONIBILIDAD JURÍDICA EL AGENTE?*

En sentir de ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ[140], en criterio que es por nosotros compartido, no puede tratarse de bienes cuya disponibilidad jurídica tenga el sujeto activo, pues en esta hipótesis se daría una especie de peculado propio: La disponibilidad jurídica supone esa relación funcional, entre el sujeto activo y el objeto material. Pero sí debe tratarse de bienes recibidos por el sujeto agente en ejercicio de su cargo, como lo exigía en forma expresa el artículo 159 del anterior Código Penal. No tendría sentido sancionar como delito contra la administración la apropiación o retención de bienes entregados por error ajeno al servidor, fuera de su órbita funcional.

2.1.2.2.2. *ES FACTIBLE EL PECULADO POR ERROR AJENO, SOBRE BIENES DEL ESTADO?*

Siguiendo en ello a FRANCO[141], diremos que el peculado por error ajeno es posible aún cuando el bien sea del Estado, lo cual se entiende fácilmente en las hipótesis de apropiación y uso indebido. Para el caso de la retención, tampoco advertimos mayor problema sobre todo si se recuerda que debe realizarse en provecho propio o de un tercero (diferente del Estado) y que la entrega del bien prevista por la norma no siempre implica transferencia de dominio, de suerte que el

---

[140] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 52.

[141] Franco, Uriel. *El Peculado.* Editorial Temis, Bogotá, 1987. Págs. 151-152.

particular puede seguir siendo dueño después de la recepción, como sucedería igualmente con el Estado en el evento materia de análisis: Para expresarlo de otra forma, contra el criterio que acogemos no sería acertado argumentar la permanencia del dominio en cabeza del Estado después de la entrega y subsiguiente retención en provecho privado.

2.1.3. *LA CONDUCTA.*

2.1.3.1. VERBOS RECTORES.

Si bien el inciso segundo contempla una circunstancia de atenuación punitiva que en verdad es un tipo diverso, por cuanto el verbo rector es distinto al del tipo básico contenido en el inciso primero, hemos de decir que se trata de un tipo compuesto alternativo, ya que comprende los verbos rectores apropiarse, retener y, por otro lado, usar indebidamente. Veamos en qué consiste cada uno de ellos:

2.1.3.1.1. APROPIAR.

La apropiación, dice GÓMEZ MÉNDEZ[142], "...supone de parte del agente la intención de hacer suya la cosa". El problema, en consecuencia, será determinar cuándo hay, efectivamente, una apropiación del bien entregado por error al agente, de parte de este último: Tal como fuese ello expuesto al tratar el verbo rector en el peculado por apropiación, hay eventos en que es absolutamente clara la intención de apropiación por parte del agente, como cuando se enajena (venta, hipoteca, prenda, etc.) el bien; pero hay casos en que ello no es tan claro, como cuando la usa, en donde al elemento objetivo (el mero uso), hay que sumar uno subjetivo (la intención). Por ello, sirven las consideraciones que en su momento se hicieron respecto del peculado por apropiación.

Ahora, la diferencia es que aquí, para evitar esos equívocos (elemento objetivo más elemento subjetivo), el legislador sancionó también (y de manera autónoma), los simples elementos objetivos: Por eso se sanciona la retención y el uso indebido, esto es, para evitar equívocos y malas o falsas interpretaciones.

2.1.3.1.2. RETENER.

La retención, propone el mismo GÓMEZ MÉNDEZ[143], "...excluye el ánimo de apropiación, y se presenta cuando no se entrega la cosa en el tiempo debido".

La pregunta, entonces, sería: Bastará con la patentización de una simple omisión, para que sé de lugar a la patentización de este verbo rector? FRANCO[144] se pronuncia de manera negativa, diciendo que si el individuo retiene con cualquier

---

[142] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 53.

[143] Ibídem. pág. 53.

[144] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Págs. 150-151.

motivo imaginable, verbi gratia animadversión, negligencia, ineptitud, ánimo de causar perjuicio, etc., el delito no se configura, aun cuando en tales supuestos también incumple la obligación de restituir. De allí, pues, resalta el hecho de que el ilícito no se funda en lo que el agente deja de hacer (como ocurre en los delitos de omisión propia), sino en lo que hace: retener en provecho suyo o de un tercero.

2.1.3.1.3. *USAR INDEBIDAMENTE.*

Tal como quedó ello dicho en párrafos precedentes, la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 135 del Código Penal, encierra un tipo penal atenuado en relación con el contemplado en el inciso primero.

El uso indebido, dice GÓMEZ MÉNDEZ[145] es aquel para el cual el agente no tiene autorización legal ni contractual alguna. El empleado oficial, dentro de la órbita funcional, no tiene nunca autorización para usar -título personal- los bienes que le entregan los particulares.

2.1.3.2. *EVALUACIÓN DE LOS VERBOS RECTORES Y SU PUNICIÓN.*

Conforme a la sistemática del Código Penal actualmente vigente, resultaría más grave que el agente se apropiase o que retuviese el bien, que el hecho de que lo usara indebidamente, como que la pena señalada para el tipo penal contemplado en el inciso segundo del artículo 135 que venimos comentando, resulta ser altamente benigna, en relación con la señalada en el inciso primero: nos parece a nosotros que tal regulación jurídica, y más que jurídica, punitiva, no se compadece con la realidad axiológica, como que desde el punto de vista de la teoría de los valores, resulta ser, objetivamente, mucho más grave el comportamiento de quien usa el bien que por error le fue entregado, a quien se limita a retenerlo.

Por ello, estimamos errada la evaluación punitiva que de una y otra situación, exterioriza el legislador en el artículo 135 del Código Penal, ya que, como se ha expuesto, cuando menos, es igual la lesividad o dañosidad representada por el actuar de quien usa el bien, respecto de la del que simplemente lo retiene (aunque, para ser sinceros, repetimos, estimamos que es más grave el usar que el simple retener): De esta guisa, no solamente resulta improcedente, en nuestro sentir, la distinción punitiva que traza el inciso segundo en relación con el inciso primero, pues que no vemos cómo vaya a sancionarse más drásticamente el retener que el usar, sino que consideramos que, en el más extremo de los eventos, ambas situaciones podrían haber observado igual intensidad en su punibilidad.

Y no es este un parecer que sea exclusivamente nuestro, como que ORTIZ RODRÍGUEZ[146] se pronuncia en idéntico sentido, pregonando que la conducta consistente en hacer uso indebido en provecho propio o de un tercero y la consis-

---

[145] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 53.

[146] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 79.

tente en retener en provecho propio o un tercero, tienen la misma importancia y trascendencia. Por eso no se vé la razón para que la pena sea inferior cuando el delito se comete por hacer uso indebido. En cambio, la pena para el delito debería atenuarse cuando el tercero beneficiado es la misma administración[147].

Lo que sí resulta enteramente lamentable, es que el legislador nacional hubiese dejado pasar la irrepetible oportunidad que le concedió el debate, estudio y aprobación de lo que posteriormente se vino a conocer como Estatuto Anticorrupción, contenido en la Ley 190 de 1995, en la que perfectamente pudo haberse corregido y enmendado tal error (cosa que, ciertamente, no se hizo).

2.2. ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL TIPO.

Partiendo de la base de que en atención a la redacción de los dos tipos penales contemplados en el artículo 135 del Código Penal, en ninguno de ellos se introducen elementos específicos de carácter descriptivo, diremos, sí, que obran dentro de la misma claros elementos específicos de carácter normativo en la figura que se examina, siendo un tanto discutible si operan de índole subjetiva.

2.2.1. *SUBJETIVOS.*

Se preguntan algunos si la expresión "en provecho suyo o de un tercero", está introduciendo un elemento subjetivo dentro de este tipo penal. Acogiendo los pareceres de BERNAL PINZÓN[148], nosotros diremos que no, porque la locución para sí o para un tercero no indica la existencia de uno de tales elementos, en cuanto si indica un interés desde el punto de vista económico, que puede haber impulsado al agente a obrar. De suerte que, no siendo necesario un determinado fin o un determinado motivo como elemento constitutivo del delito, no se tiene un tal elemento específico de carácter subjetivo en el tipo (que, dicho sea de paso, BERNAL PINZÓN calificaba como dolo específico, siguiendo en ello la terminología conceptual de la época).

Precisando tal opinión, diremos que la expresión en comento no reporta la existencia de un elemento subjetivo en estos tipos penales, porque no se está indicando, conforme a la redacción imprimida a la norma, que el agente haya visto presidida su actuación criminosa, por esa especial intencionalidad de ánimo: Más aún, desde el momento en que diferenciamos el peculado por error ajeno de la concusión, dejamos establecido que, en el primero, la actitud del servidor era completamente pasiva, al punto de que, sosteníamos, si su actitud es positiva, esto es, que si el error en la persona que tal bien le entregaba, había sido determinado por el servidor, no estaríamos en presencia de un peculado por error ajeno, sino, por ejemplo, de una concusión.

---

[147] En el mismo sentido se pronuncia Franco, Uriel. *Op. Cit.* Págs. 142-143.

[148] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 58.

De lo expuesto se infiere que la resolución criminosa del agente surge *después* de que le fué entregado el bien por parte de la persona que se encuentra incursa en error. Si ello es así, como de hecho se tiene que lo es, vale decir, tratándose como se trata aquí de lo que la doctrina denomina un dolo subsiguiente, mal haría en decirse que el actuar criminoso del agente estuvo presidido por esa particular intnción de ánimo: En síntesis, la expresión "en provecho suyo o de un tercero", aquí, no significa la existencia de un elemento subjetivo del tipo, sino de un resultado que debe ser obtenido por el agente, con su actuar.

Todo lo anteriormente consignado, como se comprenderá, tendrá singular trascendencia al momento de determinar cuál es el momento consumativo de esta forma específica de Peculado, pues que desde nuestra órbita de comprensión, se está llegando a la punición, más que de la simple consumación del verbo rector, a la del agotamiento: Es menester, como consecuencia de la apropiación o de la retención, que el agente obtenga ese provecho para sí o para un tercero, no bastando con la posibilidad de que lo obtenga. En el primer caso, estaremos en presencia de una forma consumada y agotada del delito; en la segunda, en una forma meramente tentada.

Por esta vía, finalmente, se comprende que la expresión "en provecho suyo o de un tercero" que emplea esta figura, no es un elemento subjetivo del tipo, sino un puro elemento normativo, que hace referencia a la cabal determinación del momento consumativo (y plenamente sancionable) de la conducta.

2.2.2. *NORMATIVOS.*

Es claro que dentro de los elementos normativos que utiliza la figura, se encuentran los conceptos de servidor público, los verbos rectores (apropiar, retener, usar) y, finalmente, los bienes que le son al empleado entregados. En la medida en que se trata de conceptos que ya han sido por nosotros analizados, nos abstenemos de practicar cualquier consideración adicional, remitiendo a las ya respectivamente presentadas.

Por ello, preferiremos ocuparnos de los elementos normativos que no han sido por nosotros revisados, cuales son los del provecho, el recibir y el error ajeno:

2.2.2.1. *PROVECHO SUYO O DE UN TERCERO.*

Siguiendo lo que anteriormente decíamos al respecto, tiénese que la expresión "provecho suyo o de un tercero", traduce un elemento normativo en estos tipos penales, más que uno de carácter subjetivo.

Es claro que por provecho, se entiende cualquier clase de beneficio que se perciba u obtenga del hecho de haber recibido el bien, no circunscribiéndose a réditos de carácter pecuniario, sino que pueden ser de cualquier clase o índole. Y es también claro que ese provecho puede ser recibido para el mismo agente delictual, o para otra persona, que, como lo hemos dicho en otras oportunidades, puede re-

vestir tanto la calidad de tercero absoluto o relativo, frente a la patentización misma del comportamiento punible.

Lo que estaría por discutirse sería, entonces, si puede ese tercero, que aparece como destinatario o beneficiario del provecho, estar o no representado por la misma administración: Si bien la mayoría de la doctrina se inclina a pensar que no, nosotros somos del parecer de que ello, eventualmente, puede ser posible.

En efecto, mientras BERNAL PINZÓN[149] se muestra enfático en señalar "que ese tercero de que habla la ley, no puede ser en ningún caso la Administración Pública"; y FRANCO[150] expresa que los términos expresos del artículo 135 obligan una respuesta negativa, porque no se advierte qué otra finalidad, distinta de excluir al Estado, podría explicar la utilización del giro "provecho suyo o de un tercero", aunque resulte tan discutible el acierto semántico, destacando que esta última ha sido la opinión más generalizada entre los autores; nosotros, sobre la base de que la Administración observa y presenta diferentes niveles, puede llegar a presentarse el caso de que un nivel de la Administración, por conducto de sus respectivos representantes, pague a otro nivel de la Administración (por ejemplo, jerárquicamente superior), algo que no le debe o más de lo que le debe: En tal hipótesis, la apropiación de esos dineros que en incurriese el nivel superior (obviamente por conducto de sus representantes), en beneficio propio, estaría mostrándonos la posibilidad de que el provecho si vaya para la misma Administración.

2.2.2.2. RECIBIR.

Conforme a la definición contenida en el Diccionario de la Lengua[151], recibir es tomar uno lo que le dan o envían. Y siendo ello así, lo menos que puede decirse es que, en tanto representación de la conducta antecedente a la que configura el ilícito, el recibir, como dice BERNAL PINZÓN[152], constituye un acto material correlativo al de dar de otra persona y que debe ser efectivo, no bastando por lo mismo la aceptación de una mera promesa de dar.

Por otro lado, si el presupuesto para la materialización de esta ilicitud, es la de que un servidor haya recibido por error un bien, del que posteriormente se apropia, retiene o usa, una pregunta pertinente sería: Qué pasa cuando el referido servidor no tiene, dentro de sus funciones, la de recibir bienes? Partiendo de la base de que nada dice la disposición, ni expresa ni tácitamente, en relación con la eventual función de recibir bienes radicada en cabeza del agente de la infracción, con miras a la estructuración típica de esta conducta, aparece como irrelevante que

---

[149] Ibídem. Pág. 57.

[150] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Págs. 143-144.

[151] Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española.* Madrid. 1984. 20a. ed. Pág. 1152.

[152] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 57.

el servidor tenga o no la función de recibir bienes: Basta con que sea servidor público, pero lo que recibe deben dárselo o enviárselo en razón de su investidura como servidor público.

2.2.2.3. *EL ERROR AJENO.*

Por error, desde el punto de vista epistemológico, se entiende la disconformidad de la representación intelectiva, con la realidad fenoménica. Partiendo de tal supuesto, diremos que, conforme a la redacción actual de la disposición en comento, no basta con que haya habido o mediado un error, sino que es menester que este haya sido ajeno (que sea de un tercero, y que en su causación nada haya tenido que ver el agente), de una parte; y de la otra, que haya sido la causa determinante para la entrega del bien por parte de ese sujeto que se encontraba incurso en el error, al agente delictual.

De allí, entonces, que podamos caracterizar el error ajeno, en esta forma de peculado, de la siguiente manera:

2.2.2.3.1. *EL ERROR PUEDE PROVENIR TANTO DE UN PARTICULAR, COMO DE OTRO SERVIDOR PÚBLICO.*

Retomando en parte el tema del sujeto pasivo de esta forma delictual, podemos decir que el error ajeno puede conjugarse tanto de parte de un particular, como de otro servidor público. Por ello, el Profesor LUIS CARLOS PÉREZ[153] dice:

> "El error puede provenir de un particular o de un empleado, como cuando el responsable de una caja menor entrega sus cuentas con involuntario exceso y el cajero o tesorero principal, advertida la situación, no la rectifica sino que deja para sí o para otro los valores entregados de más. Otro ejemplo es el del almacenista que recibe de las aduanas objetos importados por otras dependencias y se los apropia, o los retiene, o los destina por algún tiempo a la utilización privada. También el oficinista a quien llega un vehículo destinado al servicio de otra sección y lo usa durante un tiempo hasta que se descubre el error en la entrega".

2.2.2.3.2. *DEBE HABER SIDO COMPLETAMENTE AJENO A LA ACTIVIDAD DEL SERVIDOR QUE RECIBE.*

Como ha quedado ya dicho, lo que distingue al peculado por error ajeno de la concusión, es, precisamente, el hecho de que en el primero la actitud del agente es completamente pasiva, a tiempo que en el segundo es activa: Por ello, es claro que ninguna injerencia o responsabilidad, puede haber tenido el servidor en la creación o surgimiento del error en la víctima, que hace que esta última le entregue el bien,

---

[153] Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal: partes general y especial.* Editorial Temis. Bogotá, 1984. Págs. 237-238.

pues que de ser ello así, se repite, se tratará de una concusión y no de un peculado por error ajeno, siendo ese el mismo sentido en el cual se pronuncia FRANCO[154].

Es más, tratándose como se trata para el servidor, de respetar su obligación de hacer caer en cuenta al particular, del error en el que ha incurrido, PÉREZ[155] agrega que si no lo hace, puede ocurrir que los fondos cobrados de más ingresen a la administración, o que sean apropiados por el empleado, o que los retenga para sí o para otro. En todos los casos hay infracción, pues el agente oficial sólo está facultado para recibir lo que corresponda, según la ley, y queda impedido para aprovecharse del sobrante.

2.2.2.3.3. *DEBE CONSISTIR EN DAR O ENTREGAR LO QUE NO SE DEBE.*

En la medida en que la ley no indicó en qué puede o debe consistir o recaer ese error que determina la entrega de los bienes al empleado, por parte de un tercero, puede decirse, de manera genérica, que ese error consiste en dar o entregar lo que de manera total o meramente parcial, no se debe.

Ese error que determina la entrega, puede recaer, entonces, tanto en aspectos objetivos, como en aspectos subjetivos. Veamos:

2.2.2.3.3.1. *Los aspectos objetivos sobre los que puede recaer el error.*

Desde el punto de vista objetivo, el error que determina la entrega de los bienes por parte del tercero al empleado, puede recaer sobre aspectos tales como los siguientes:

- La existencia misma de la obligación, como cuando se cree deber, no siendo ello cierto;

- La naturaleza jurídica de la obligación, como cuando, según propone FRANCO[156], "...deposita para efectos tales como un secuestro o medida similar, cuando no procede";

- El monto de la obligación (cree deber algo, cuando en realidad debe menos, pagando la suma erróneamente estimada como adeudada);

- La oportunidad o condiciones para el cumplimiento de la obligación (como cuando cree que la obligación está de plazo vencido, y paga, sin que todavía la obligación fuese exigible, o estuviese, por ejemplo, causada).

2.2.2.3.3.2. *Los aspectos subjetivos sobre los que puede recaer el error.*

Los aspectos subjetivos sobre los cuales puede recaer el error que precede a la entrega, pueden ser, fundamentalmente, de dos clases: De un lado, la competencia

---

[154] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 145.

[155] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 237.

[156] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 146.

del servidor, y del otro, el error sobre las funciones del servidor para recibir bienes.

Como actualmente no importa, tal como se dijo anteriormente, que el servidor tenga o no entre sus funciones, la de recibir bienes, en la medida en que la redacción de la norma no exigió tal requisito, puede decirse que el error puede recaer sobre la competencia funcional, territorial o temporal del servidor para recibir tales bienes, así como sobre el hecho de que cuente, efectivamente, con la facultad de recibirlos, con lo que se deja establecida la gran amplitud que puede conjugar ese error determinante de la entrega.

Evidentemente, sobre lo que sí no puede recaer este error, de cara a la configuración de la conducta punible que viene siendo examinada, es en dos temas: De un lado, en la calidad misma de servidor público (se entrega a quien se estima que es servidor público, sin que efectivamente lo sea), o cuando la entrega se le hace sin consideración a sus calidades de tal, en donde el error que al respecto medie, puede llegar a ser irrelevante (cree que es el alcalde, cuando en verdad es el tesorero, pero le hace entrega porque cree que es el alcalde el encargado de recaudar, siendo ese un error irrelevante para la configuración de la conducta delictiva).

Cuanto a lo primero, podemos decir que si quien recibe por error el bien, no es un servidor público, sino un particular, no estaremos en presencia de esta forma de Peculado, sino de una Defraudación, concretamente en la forma prevenida por el artículo 361 del Código Penal, consagratorio del Aprovechamiento de Error Ajeno o Caso Fortuito, que, como dice ARENAS[157], no es delito contra la Administración Pública, sino contra el Patrimonio Económico.

Respecto a lo segundo, vale decir, cuando el bien le fue entregado al servidor sin consideración a sus calidades o condición de tal, podemos decir, como lo hace ORTIZ RODRÍGUEZ[158], que si un servidor público se apropia de un bien que pertenece a otro y en cuya posesión ha entrado por error ajeno o caso fortuito, pero no en su condición de servidor, comete el delito de Aprovechamiento de Error Ajeno o Caso Fortuito previsto en el artículo 361, pero en todo caso no comete peculado. El artículo 135 parece admitir, como requisito legal para la existencia de peculado, que el bien se entregue al servidor en la suposición de que está facultado para recibir.

2.2.2.3.4. *EL ERROR DEBE HABER SIDO LA CAUSA DE LA ENTREGA.*

Con base en la propia redacción de la disposición, a lo cual debe sumarse una consideración estructural, se dice que el error debe haber sido, precisa y exactamente, la causa de la entrega, lo que, además, nos permitirá decir que, como mí-

---

[157] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 36.

[158] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 78.

nimo, ese error debe haber sido concomitante a la entrega, siendo, en la mayoría de las veces, anterior.

Sobre lo primero, FRANCO[159] anota que el error del tercero funciona como causa de la tenencia irregular, según exigencia normativa y, al mismo tiempo, como factor ocasional que aprovecha el servidor a cuyo poder ingresa el bien. Y sobre lo segundo, el mismo autor en cita explica que en el peculado del artículo 135 se registra una situación de precedencia temporal: primero el error y después la apropiación, la retención o el uso indebido: Si el bien ha ingresado legalmente al poder de la administración, una equivocación sobreviniente de quien efectuó la entrega no posee la virtud de determinar peculado por error ajeno, cuando el servidor ejecute alguna de las acciones previstas por el artículo 135.

2.2.2.3.5. *EL ERROR DEBE SER AJENO.*

La ajenidad del error no solamente dice referencia al hecho de que aquel haya surgido en el sujeto que hace entrega del bien al servidor, sin ninguna injerencia, participación o actividad de parte de este último, sino que, precisamente, quien está incurso en el error es quien entrega el bien, y no quien lo recibe.

Sería el caso del servidor que incurre en error, espontáneo o provocado por un tercero, al momento de liquidar o recaudar el pago de un impuesto, que posteriormente se apropia o usa indebidamente lo recibido en exceso: En tales supuestos, al no haber error ajeno, no podrá predicarse el encuadramiento típico de su conducta dentro de los moldes del artículo 135, sino que ello habrá de hacerse dentro de los parámetros comportamentales contenidos en los artículos 133 y 134 del Código Penal, según sea ello del caso, esto es, sancionando la apropiación o el uso indebido que de tales bienes haya hecho el funcionario.

3. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

3.1. FORMAS IMPERFECTAS?

Cuando se trata de establecer la posibilidad de que el Peculado por Error Ajeno conjugue la forma imperfecta de la tentativa, lo primero que ha de establecerse es si el mismo comporta un delito formal, o si, por el contrario, es un delito de resultado: en tal sentido, no debe olvidarse lo que ya en páginas precedentes exponíamos, cuando aseverábamos que era este un delito de consumación en el agotamiento (por oposición de los delitos de consumación anticipada), como que exigía que al agente delictual obtuviese efectivamente un provecho, bien fuese para sí, bien fuese para un tercero[160].

Sentada, entonces, tal premisa, lo que habría de decirse es que, en principio, el peculado por error ajeno admitiría las formas imperfectas en sus modalidades de

---

[159] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 147.

[160] En idéntico sentido se pronuncia Franco: *Op. Cit.* Pág. 145.

apropiación y de uso indebido, no siendo tan clara, como lo reconocen BERNAL PINZÓN[161] y FRANCO[162], la posibilidad de que ello acontezca en relación con la modalidad de la retención: o se retiene (forma consumada) o no se ha retenido (conducta atípica).

3.2. CONCURSO APARENTE DE TIPOS.

El peculado por error ajeno observa unas particularidades que lo diferencian claramente, en nuestro sentir, de otros tipos penales con los que guarda alguna similitud, como a continuación se pasa a demostrar:

3.2.1. *CON EL PECULADO POR APROPIACIÓN.*

El peculado por error ajeno se diferencia del peculado por apropiación, por aspectos tales como los siguientes:

En primer término, partiendo del supuesto de que en ambas formas delictuales, el agente detenta la tenencia del bien, tiénese que el Peculado por Apropiación esa tenencia, como dice BERNAL PINZÓN[163] es calificada, es decir, que es regular y ceñida a las normas legales; en el peculado por error ajeno la tenencia de esos bienes que representan el objeto material de la infracción, son consecuencia de un error no provocado por el agente: No existe pues, en esta segunda modalidad, como en la primera, una tenencia o disponibilidad de los bienes dentro del marco funcional o de su cargo, sino que ella es consecuencia de una actitud equivocada del sujeto pasivo.

Pero como si lo anterior fuera poco, debe recordarse que hay dos exigencias que traza la ley para el peculado por apropiación, que no establece para el peculado por error ajeno, cuales las del siguiente tenor: De una parte, que mientras la configuración del peculado por apropiación está vinculada con el ejercicio de las funciones del servidor, ello es algo indiferente en el peculado por error ajeno, que no exige tal vinculación funcional; y de la otra, que mientras en el peculado por apropiación el bien sobre el cual recae la conducta ejecutiva, puede ser del Estado, de empresas o de instituciones en que el Estado tenga parte o, aún, de particulares, en el peculado por error ajeno el bien siempre es de propiedad del tercero que entrega, o en cuyo nombre actúa[164].

3.2.2. *CON LA CONCUSIÓN.*

Siempre que ello ya había sido por nosotros consignado en páginas precedentes, cabe aquí retomar las palabras de BERNAL PINZÓN[165], para diferenciar cla-

---

[161] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 57.

[162] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 148-150.

[163] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 54.

[164] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 153.

[165] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 54.

ramente entre el peculado por error ajeno y la concusión, en los siguientes términos (no debiéndose olvidar que tales comentarios eran por este autor presentados en relación con el Código Penal de 1936):

> "Una diferencia esencial entre la concusión propiamente dicha y este delito, radica en que, a diferencia de la concusión, la tenencia de la cosa en poder del agente no depende de su actividad; en esta forma *criminis*, el agente no "constriñe" ni menos "induce" para obtener el objeto de la apropiación. Esencial en la concusión es que el agente constriña o induzca a alguien para que, como efecto, como consecuencia del constreñimiento o inducción, el tercero dé o prometa al funcionario dinero u otra utilidad. Se trata, pues, de una conducta eminentemente activa; en cambio, en la figura a que se refiere el artículo 159 [del Código Penal de 1936, aclaramos] no existe ni el constreñimiento ni la inducción característicos de la concusión; sino que la entrega del dinero o los efectos que recibe o retiene el funcionario, son consecuencia de un error no provocado por él. Si la entrega del objeto material del delito ha sido consecuencia de inducción o constreñimiento, lo que hay es concusión (artículo 156) y no la figura que se examina".

3.2.3. *CON LA DEFRAUDACIÓN.*

El peculado por error ajeno se diferencia de la defraudación contemplada en el artículo 361 del Código Penal, alusiva al Aprovechamiento de Error Ajeno o Caso Fortuito, fundamentalmente, por la calidad del sujeto activo, que mientras en el primero es y debe ser un servidor público, en el segundo puede serlo cualquier persona.

Empero, como lo resalta FRANCO[166], existe otra diferencia trascendental entre una y otra figura delictiva, cual es la de la "mayor riqueza descriptiva" contemplada en el Aprovechamiento de Error Ajeno o Caso Fortuito, en donde, además del aprovechamiento del error, es igualmente punible el aprovechamiento del caso fortuito, agregando:

> "...si el empleado oficial se apropia de bienes llegados a su poder en virtud de caso fortuito, no incurre en peculado sino en defraudación.
> El tratamiento diverso de situaciones parecidas quizás se explique porque a juicio del legislador reviste mayor gravedad la acción del empleado cuando recibe el bien a causa de error directamente vinculado con su investidura o, si se quiere, con su carácter de representante del Estado, destinatario verdadero o putativo de la prestación, que cuando lá detentación es producto del caso fortuito, porque este, como lo señala su nombre, no tiene ninguna relación con el cargo del agente.
> Por supuesto, el acto de apropiación es más lesivo si lo realiza un empleado oficial y así lo confirma el hecho de que sea deducible la circunstancia de agravación prevista en el art. 66, num. 11, del C.P.".

---

[166] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 152.

3.2.4. *CON LA ESTAFA.*

La diferencia fundamental que encontramos nosotros entre el peculado por error ajeno del artículo 135 del Código Penal, y la estafa de la cual trata el artículo 356 de la misma obra normativa, con prescindencia de que mientras el primero tutela la Administración Pública, el otro protege el patrimonio económico (con lo cual se distinguen ya desde el bien jurídico por ellos respectivamente tutelado), estribaría en que mientras en el primero la actitud del funcionario es pasiva respecto de la creación o generación del error en la víctima, en el segundo es completa y absolutamente activa: Si el sujeto pasivo verifica el acto disposicional en favor del sujeto activo de la estafa, es precisamente a partir del error al que fué inducida (actividad positiva), por parte del aludido agente delictual.

4. PUNIBILIDAD.

Superando la crítica que anteriormente formulábamos a la diminuente punitiva contemplada por el inciso segundo de este artículo, en relación con la sanción establecida en el inciso primero, lo que, nos parece, no se compadece ni con consideraciones ontológicas, ni con consideraciones axiológicas, consideramos nosotros que esta conducta debiera ser "despenalizada", es decir, que ella, manteniendo su carácter de ilícita, debiera pasar a estar sancionada en otro ordenamiento, y concretamente, a nuestro modo de ver, en el administrativo.

Más aún, en ese mismo sentido, dignas de ser tenidas en cuenta resultan ser las acotaciones de GÓMEZ MÉNDEZ[167], según las cuales esta figura no debe ser considerada como un delito contra la Administración Pública, ni a título de concusión, ni a título de peculado: En efecto, ya vimos cómo si los bienes entregados al servidor público, en razón de que sobre ellos tiene la disponibilidad jurídica, si se apropia o hace mal uso de ellos -trátese de bienes públicos o privados- el delito que se presenta es del de peculado por apropiación o por uso según el caso (artículos 133 y 134). Ahora bien, si le fueron entregados como servidor público, pero no en razón de sus funciones, sino por motivos particulares, el bien jurídico afectado no es la administración pública. No constituye peculado la apropiación de bienes entregados a un alcalde o al juez de un pequeño municipio en razón de la confianza que pueda inspirar quien ejerce una autoridad pública.

Quedaría entonces el caso de la entrega de bienes en el ejercicio del cargo, sin que respecto de ellos tenga el actor la disponibilidad jurídica. En este evento se presentaría, en opinión de GÓMEZ MÉNDEZ que prohijamos, un delito contra el patrimonio económico, y no un delito contra la administración pública.

---

[167] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 53-54.

CAPÍTULO QUINTO

PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE.

Considerando las modificaciones generales introducidas por el parágrafo único del artículo 18 de la Ley 190 de 1995, así como por el artículo 32 de la misma ley, habremos de decir que el artículo 136 del Código Penal, que contempla el peculado por aplicación oficial diferente, observa en la actualidad el siguiente contenido normativo:

> "El [servidor público] que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste 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 éste, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, [multa entre diez (10) y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes] e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años".

1. DENOMINACIÓN Y CONTENIDO.

Estamos ahora en presencia de una forma particular de peculado, cual es aquella que se patentiza, no ya despatrimonializando a la Administración, vale decir, sustrayéndole bienes de los cuales ella es titular, para que pasen a engrosar patrimonios particulares y, en todo caso, ajenos; como tampoco estamos en presencia de la simple utilización o uso de los bienes de los cuales es titular la misma Administración. No. Cuando hablamos de Peculado por Aplicación Oficial Diferente, estamos hablando de una figura que pretende regular y disciplinar, particularmente, la ejecución del gasto en y por parte de la Administración Pública, o dicho en términos más amplios, que los bienes de la Administración sean efectivamente utilizados para lo cual están destinados, así el uso diverso que de ellos se haga, se realice en beneficio de la misma Administración: lo que protege la norma no es ya ni el peculio ni la posibilidad de disposición de los bienes de los cuales es titular, por parte de la Administración, sino que lo que se tutela aquí es la eficacia, la buena marcha y, en una palabra, la disciplina y organización, no sólo en la ejecución del gasto, sino en la utilización de los bienes, por parte de los servidores públicos, a quienes se sanciona, dentro del campo jurídico penal, aún cuando lo hagan en beneficio y para lucro de la propia Administración.

Por ello, con sobrada razón GÓMEZ MÉNDEZ[168], advierte que algunos han preferido rubricar la figura haciendo referencia más estricta a la acción descrita en ella, denominándola aplicación indebida de caudales públicos, porque efectivamente, el bien jurídico especialmente tutelado por ella es la irregular inversión y aplicación de bienes públicos dentro de la misma órbita de la administración, que se menoscaba con la afectación de los mismos a fines que no sean los legalmente determinados, aun cuando no sean quitados de la pertenencia administrativa.

De allí que valga la pena destacar, entonces, que en proveído de Marzo 17 de 1998, con ponencia del Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL, la Corte Suprema de Justicia –desatando un recurso extraordinario de casación encaminado al desarrollo de la jurisprudencia-, en cuanto hace con el sentido y alcance de esta figura, puntualizó:

> "En torno a la fundamentación del motivo invocado, debe decir la Sala que los postulantes anuncia erradamente la inexistencia de pronunciamiento judicial que fije el alcance del art. 136 del C.P., puesto que en auto de única instancia proferida el siete de junio de mil novecientos ochenta y tres, con ponencia del magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía, esta Corporación precisó: "...Conocido con el nombre de peculado por aplicación oficial diferente, este tipo especial tutela esencialmente el interés jurídico de la administración pública en el concreto aspecto de la planificada ejecución del gasto público, que tiene fundamento constitucional en el art. 207 de la Carta, y de la previa destinación de bienes oficiales al cumplimiento de finalidades específicas; considera el legislador penal, con razón, de que tales modificaciones de la cosa pública alteran el lógico y ordenado desarrollo de la administración. No sobra destacar que aunque en algunos casos tales decisiones del funcionario con poder de administrar ocasionan detrimento patrimonial al Estado, el hecho no deja de ser punible porque ello no ocurra, pues como ya se advirtió, lo que genera reproche jurídico a esta clase de comportamientos es la lesión que se causa a la planificada administración de los bienes del Estado. Es claro que si aquella diferente destinación se hace en virtud de decisión oficial legítima, el delito no se configura".
>
> Ya descendiendo al campo del caso concreto no se encuentra cómo, a pesar de la nueva realidad jurídica que gobierna el país a partir de la Constitución de 1991 y la reforma introducida a la definición comportamental por el art. 32 de la Ley 190 de 1995, sea necesario actualizar el alcance fijado doctrinalmente para casos generales, menos si se toma en consideración que la modificación legislativa apuntó solamente a la cantidad de la pena pecuniaria y a la interdicción de derechos y funciones públicas".

---

[168] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 54.

2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

2.1. ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

2.1.1. *LOS SUJETOS.*

El sujeto activo de este tipo penal está representado, como todas las demás formas de Peculado hasta el momento revisadas, por un servidor público, concepto este por nosotros suficientemente conocido, y respecto del cual, consideramos, no es menester ninguna explicación adicional.

Lo que sí debe ser claro, es que ese servidor público debe tener la administración y/o custodia, de los bienes que posteriormente malversa, esto es, destina mal, en forma indebida, por razón de sus funciones.

Por otra parte, es evidente que el sujeto pasivo de esta infracción a la ley penal, estará representado por la misma Administración, en tanto titular del bien jurídico genérico aquí tutelado: situación diferente, como propone ORTIZ RODRÍGUEZ[169], es la de que "en ocasiones podrá también resultar perjudicado o serlo la empresa o institución en que el Estado tenga parte".

2.1.2. *LOS OBJETOS.*

2.1.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

Entendiendo que no se protege aquí, de manera directa, el patrimonio de la Administración, y ni siquiera la posibilidad de disponibilidad sobre los bienes de los cuales es ella titular, sino la disciplina, la organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo de los mismos, en aquellas hipótesis en que la beneficiada con tal comportamiento es la misma Administración, podemos decir con el propio ORTIZ RODRÍGUEZ[170] que el presupuesto actual de la norma en comento reside en evitar la malversación o mala administración de los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, de tal manera que es necesario que tal conducta revele ser incumplimiento de un deber legal de evitar la mala administración o ejercicio ilegítimo de un derecho o del cargo público, siendo esa consideración la que explica, entonces, el cómo y el por qué se genera la ilicitud formal y la injusticia legal de la conducta.

De allí que FRANCO[171], analizando la razón de acriminación de esta conducta, se sienta habilitado para señalar que uno de los intereses prevalentes, a cuyo amparo se provee mediante el precepto legal, es el funcionamiento normal de la administración pública: El servidor, en este caso, quizá actúe con aparente probidad, no afecte el patrimonio del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga

---

[169] Ortíz Rodríguez, Alfonso. Op. Cit. Pág. 83.

[170] Ibídem, pág. 83.

[171] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Págs. 155-156.

parte, pero deliberadamente se aparta de la disciplina administrativa. Concretamente, entonces, el delito halla explicación en el hecho de que existe una entidad o funcionario dotado de la legítima atribución de señalar los renglones de atención prioritaria y fijar las partidas correspondientes con decisión obligatoria, cuya inobservancia generalizada produciría el caos en el Estado.

2.1.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

Por regla general, el objeto material en esta forma específica de peculado, y ello a diferencia de las demás, se encuentra constituido, única y exclusivamente, por los bienes públicos, esto es, aquellos bienes que de manera real y no funcional, pertenecen a la administración, cuales son los bienes del Estado y los bienes de empresas e instituciones en que éste tenga parte.

Lo anteriormente expuesto, en la medida en que excluye los bienes que funcionalmente son del Estado, como eventualmente constitutivos del objeto material de esta infracción, nos lleva a preguntar: Se excluyen, entonces, como potencial objeto material de esta infracción, los bienes de particulares? Más aún, se encontrarán excluidos de la posibilidad de alcanzar el grado de objeto material de esta infracción, los bienes de las denominadas sociedades de economía mixta?

2.1.2.2.1. *LOS BIENES DE PARTICULARES.*

2.1.2.2.1.1. *Antecedentes legislativos.*

El Código Penal de 1936, en su artículo 150, regulando la materia que ahora nos ocupa, disponía:

> "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 además una multa de diez a quinientos pesos".

Qué proponía la doctrina nacional, en relación con ese artículo 150 del Código Penal anteriormente vigente? La doctrina nacional, en este caso representada por el maestro BERNAL PINZÓN[172], sostenía, en relación con esta disposición:

> "La ley colombiana, a diferencia de lo que hace el Código italiano, no distingue, para los efectos de este tipo de peculado, si los bienes son públicos o si pertenecen al patrimonio de los particulares. La razón de este tratamiento se encuentra muy clara en las siguientes palabras de uno de los redactores del Código, el doctor RAFAEL ESCALLÓN: "Respecto al primer inciso -se estaba discutiendo el art. 150 del C.P.-

[172] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 12.

es necesario suprimir la palabra **público**, para que al funcionario que haga uso indebido de caudales y otros objetos que pueden ser de propiedad privada, se imponga la sanción correspondiente".

2.1.2.2.1.2. *La situación en el Código Penal vigente.*

El Código Penal actualmente vigente no trae ninguna alusión a este punto, vale decir, en parte alguna de la norma en comento se establece que los bienes de particulares puedan llegar a alcanzar la categoría de objeto material de esta infracción, por vías de lo cual se resuelve, de manera negativa, la problemática planteada.

Empero, preguntamos, será que el legislador olvidó, involuntariamente, introducir este elemento normativo dentro del tipo; o sería acaso que, estructuralmente, tal posibilidad no se compadece con la figura? Respondiendo tal cuestionamiento, acudimos nosotros a MORENO BRAND[173] para decir que creemos, a diferencia de muchos criterios existentes en la legislación actual, que la destinación oficial sólo puede darse a un bien del Estado. Los bienes de particulares bajo administración del Estado no pueden ser presupuestados ni recibir aplicación o destinación oficial sino que se colocan en el sitio que corresponde, según lo diga la ley.

2.1.2.2.2. *LOS BIENES DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.*

Para algunos autores, cual es el caso de GÓMEZ MÉNDEZ[174], es claro que los bienes de las denominadas sociedades de economía mixta sí pueden alcanzar el rango de objeto material de esta forma de infracción a la ley penal, como que explicando en qué pueden consistir los bienes que tal calidad conjugan, señala:

> "Esos bienes deben ser del Estado (Nación, Departamento o Municipio), o de las Sociedades de Economía Mixta, pues son estos los entes administrativos donde el Estado "tiene parte". Es claro que se comprende aquí también, los bienes de las empresas industriales y comerciales del Estado, lo mismo que los de los establecimientos públicos sean estos del orden nacional, departamental o municipal".

No obstante, otros autores a los que en este punto preferimos adherir, cual es el caso de MORENO BRAND[175], sostienen que los bienes de las sociedades de economía mixta, no pueden alcanzar la categoría de objeto material de esta forma de infracción a la ley penal, argumentando en relación con los bienes de esta clase de entidades, que este tipo de bienes no son susceptibles jamás de tener destinación oficial ni mucho menos ser materia del presupuesto, ya que lo que se presupuesta son los ingresos y gastos públicos; y el patrimonio de la empresa común o de eco-

---

[173] Moreno Brand, William A.. *Op. Cit.* Pág. 89.

[174] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 55-56 (Aunque después, en la Pág. 56, pareciera modificar su posición inicial).

[175] Moreno Brand, William A.. *Op. Cit.* Pág. 90.

nomía mixta es de naturaleza privada y no tiene por qué quedar incluida en el presupuesto del Estado, nación, departamento o municipio. Por lo tanto, al dar destinación distinta a esos bienes por parte de la junta directiva, ni se está violando un instituto presupuestal ni se le está dando destino oficial al caudal.

2.1.3. *LA CONDUCTA*

Trátase aquí, como dice GÓMEZ MÉNDEZ[176], de un tipo compuesto alternativo que comprende varios comportamientos, diversos en su estructura fundamental, lo cual, precisamente, habilita a ORTIZ RODRÍGUEZ[177] para evaluar desfavorablemente la redacción imprimida a la norma, al señalar que este artículo "sin duda alguna, está enormemente recargado de conductas alternativas que lo tornan muy complejo para su correcta interpretación".

Sea de ello lo que fuere, lo cierto del caso es que, conforme al contenido normativo actual del artículo 136 del Código Penal que viene siendo por nosotros analizado, tiénese que la conducta ejecutiva propia del Peculado por Aplicación Oficial Diferente puede consistir en una cualquiera de cuatro eventualidades: La primera, en dar a los bienes del Estado, o de empresas o instituciones en que éste tenga parte y cuya administración o custodia se le ha confiado en razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados; la segunda, en comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto y cuya administración o custodia tiene en razón de sus funciones; la tercera, en invertir las sumas señaladas en el presupuesto en forma no prevista en este, y cuya administración o custodia tiene en razón de sus funciones; y, finalmente, la cuarta, en utilizar las sumas señaladas en el presupuesto en forma no prevista en este y cuya administración o custodia tiene en razón de sus funciones.

Y si bien lo que a renglón seguido haremos, será practicar una revisión particularizada de cada una de esas hipótesis, podemos adelantar conceptos para señalar, como lo hace PÉREZ[178], que mientras la primera de las hipótesis previstas "se relaciona con toda clase de bienes", "la segunda y la tercera [y la cuarta], únicamente se refieren a las sumas de dinero que figuran entre los estimativos fiscales". Por ello, decimos que pese a que, según lo recientemente expuesto, la conducta objetiva o externa propia de este tipo penal, puede asumir cuatro modalidades, es lo cierto que ellas, a su vez, pueden ser clasificadas en dos grandes grupos, atendiendo al hecho de que encuentren tan sólo en el dinero el objeto material sobre el cual pueden ellas recaer (como en el comprometimiento, inversión o utilización indebida de fondos), o que encuentren tanto al dinero como a cualquier otro bien (mueble o inmueble), como objeto material de la infracción (como acontece con la aplicación indebida).

---

[176] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 55.

[177] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 81.

[178] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 240.

Siguiendo, entonces, tal derrotero, propondremos nosotros la siguiente explicación para cada una de estas formas comportamentales:

2.1.3.1. *LA APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE.*

2.1.3.1.1. *SIGNIFICADO.*

Cuando se habla de una aplicación oficial diferente, forzosamente habremos de remitirnos a unos parámetros de referencia, para decir que se está en presencia, dentro de tal hipótesis, de una destinación o utilización de los bienes de la administración en sentido real (que no funcional, como anteriormente se explicó), diversa a aquella a la que original o primariamente están destinados, pero siempre dentro del mismo marco de la Administración (pues que en una hipótesis diferente, la solución del respectivo evento estará dentro de marcos típicos distintos, como podrían ser los del peculado por apropiación, el peculado por uso o, en algunos casos, los del hurto, simple y/o de uso).

Evidentemente, del hecho de que se le dé a esos bienes una aplicación diferente, eso sí, dentro del marco oficial, no se sigue, necesariamente, como indica GÓMEZ MÉNDEZ[179], que "sea indispensable, la utilización efectiva del objeto material. Se trata de un tipo de mera conducta,...".

2.1.3.1.2. *LA APLICACIÓN DEBIDA DE LOS BIENES PÚBLICOS.*

Es evidente que para determinar la aplicación debida de los bienes públicos deba distinguirse, como se hizo al comienzo, si se trata tan sólo de sumas de dinero, o si se trata, también, de cualquiera otra clase de bienes (muebles e inmuebles), en la medida en que el fundamento jurídico de la aplicación debida, será diferente.

2.1.3.1.2.1. La aplicación debida de los bienes.

2.1.3.1.2.1.1. *Dónde se fundamenta, jurídicamente, la aplicación debida de los bienes que realmente son de la administración?*

Para absolver este interrogante, acudiremos nosotros a las enseñanzas de ORTIZ RODRÍGUEZ[180], para postular que la aplicación de los bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que éste tiene parte aparece señalada, primeramente, en el respectivo presupuesto de gastos que señala la cuantía y la finalidad de la administración en cada apropiación global, en cada partida especial, en cada artículo o renglón; y en segundo lugar, el empleo correcto del bien puede estar señalado en un reglamento.

---

[179] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 58.

[180] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 82.

Ese parecer es acogido por parte de FRANCO[181], quien postula que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, será necesario consultar el acto correspondiente del Congreso, la Asamblea o el Concejo, expedido con sujeción a las normas anteriores, para saber si el servidor se extralimitó en el ejercicio de sus funciones e incurrió en el delito contemplado por el artículo 136 del Código Penal.

2.1.3.1.2.1.2. *Dónde se fundamenta, jurídicamente, la aplicación debida de el dinero que es de propiedad real de la administración?*

Lo precedentemente consignado nos servía para fundamentar, jurídicamente, cuál era la destinación debida que debe dispensarse a los bienes que, de manera real, pertenecen a la Administración, lo que, a contrario sensu, nos permitía establecer cuándo había una aplicación diferente que, eventualmente, sirviese de base a la configuración de un peculado en la forma prevista en el artículo 136 del Código Penal. Empero, dijimos también anteriormente, que una era la situación planteada en tratándose de bienes en general, que la que se conjugaba si esos bienes aplicados indebidamente, pero de manera oficial, estaban representados en dinero. Ello, entonces, nos obliga a examinar, en primer término, cuál es el fundamento jurídico de la aplicación debida del dinero público, pues que de allí podremos establecer cuándo hay una aplicación indebida.

Ese fundamento jurídico no puede ser otro que el contemplado en el artículo 345 de la Constitución Nacional, que en los términos que a continuación se relaciona, no sólo prohibe percibir ingresos, a título de impuestos, que no se encuentren previamente contemplados como tales dentro de la respectiva Ley de Presupuesto, sino que, desde el punto de vista de las erogaciones, establece dos claras prohibiciones: La primera, hacer erogaciones con cargo al tesoro público, que no se encuentren previamente contempladas como tal en la respectiva Ley de Apropiaciones; y la segunda, conforme a lo dispuesto en la parte final del inciso segundo, que se trasladen partidas de un rubro a otro, dentro del presupuesto, sin la debida legalización. Son estos los términos literales de la norma que viene siendo comentada:

> "En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos.
> Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto". (Subrayas fuera)

En principio, los ingresos de las entidades públicas –especialmente a nivel descentralizado territorialmente- se encuentran constituidos por las rentas y por los recursos de capital. Los primeros constituyen los denominados ingresos corrientes, a tiempo que los segundos hacen referencia, básicamente, a las contribuciones.

---

[181] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 161.

En cuanto hace con las rentas o ingresos corrientes, podría decirse que los mismos se clasifican en tributarios y no tributarios.

Los ingresos tributarios se clasifican, a su vez, en impuestos directos e indirectos, bajo el entendido de que un impuesto es un tributo absolutamente obligatorio cuyo fundamento se encuentra en el beneficio general, y no en el particular. A su turno, los ingresos no tributarios se clasifican en tasas y multas: la tasa es un tributo que no es obligatorio, pues depende del sometimiento voluntario del particular al decidirse a utilizar un servicio del Estado; la multa, por su parte, es una obligación que se adquiere por la infracción de una ley o un acuerdo.

Por su parte, los recursos de capital a que aluden las contribuciones, son un mecanismo importante para la financiación de obras y proyectos de interés para la comunidad.

Ahora bien, en relación con el Gasto Público existen claras reglamentaciones a nivel constitucional, que no sólo indican qué gastos públicos, en concreto, se pueden hacer; qué prohibiciones rigen al respecto, y los alcances que esas mismas disposiciones tienen para los niveles periféricos de la Administración. Veamos:

2.1.3.1.2.1.2.1. Qué gastos públicos se pueden hacer?

Contrario a lo que en un primer momento pudiera pensarse, no puede el Gobierno Nacional incluir en la Ley de Apropiaciones todos rubros o conceptos que se le antoje o apetezca, como que existe una clara y expresa limitación a nivel del contenido normativo del inciso segundo del artículo 346 de la Constitución Nacional, que dispone:

> "En la ley de apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o el servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo"

2.1.3.1.2.1.2.2. Qué prohibiciones existen en materia de gasto público?

Las prohibiciones fundamentales que en materia de Gasto Público existen, y que alcanzan rango constitucional, son las contenidas en los artículos 347, inciso primero y 351, incisos primero y segundo, de la Constitución Política, los mismos que observan el siguiente tenor literal:

> "ART. 347, INCISO PRIMERO, CONSTITUCIÓN NACIONAL: El proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva".
>
> "ART. 351, INCISOS PRIMERO Y SEGUNDO, CONSTITUCIÓN NACIONAL: El Congreso no podrá aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos propuestas por el Gobierno, ni incluir una nueva, sino con la aceptación escrita del ministerio del ramo.

El Congreso podrá eliminar o reducir partidas de gastos propuestas por el Gobierno, con excepción de las que se necesiten para el servicio de la deuda pública, las demás obligaciones contractuales del Estado, la atención completa de los servicios ordinarios de la administración y las inversiones autorizadas en los planes y programas a que se refiere el artículo 341.

....." (Negrillas fuera del texto)

2.1.3.1.2.1.2.3. Unificación de la técnica presupuestaria.

Atendiendo al hecho de que lo que hasta ahora hemos expuesto, alude al Nivel Central de la Administración, no está por demás decir que, a la luz de lo previsto en el artículo 353 de la Carta Fundamental, todo lo reseñado tiene aplicación y recibo en los demás niveles de la Administración, cuando se dispone:

"Los principios y las disposiciones establecidas en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución del presupuesto".

2.1.3.1.3. *LA APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE: CARACTERÍSTICAS.*

Esa Aplicación Oficial Diferente de la cual venimos tratando, y que se edifica en la primera forma que puede revestir la conducta ejecutiva de esta variedad del Peculado, admite ser caracterizada de la siguiente manera:

2.1.3.1.3.1. *La aplicación diferente, debe ser oficial.*

Para que esa aplicación diferente de los bienes de los que realmente es titular la Administración, permanezca dentro de los moldes típicos del Peculado previsto en el artículo 136 del Código Penal, es menester que sea oficial, esto es, que se haga en beneficio o en relación con la misma Administración, so pena de que, o debamos desplazarnos hacia otra forma de peculado (por apropiación o por uso), cuando no sea que debamos desplazarnos a otro Título del Código Penal (como sería al de los delitos contra el patrimonio económico). Por ello, GÓMEZ MÉNDEZ[182] dice que cualquier destinación diferente que no sea oficial, o que implique un provecho para el funcionario, no cae dentro de la norma estudiada sino en la del peculado propio, en posición que es compartida por ARENAS[183], cuando sostiene que esa aplicación diferente debe ser oficial, porque si es para fines privados del servidor o de terceros, no se incurre en este delito sino en peculado por apropiación o por uso, según el caso.

2.1.3.1.3.2. *La aplicación oficial, debe ser diferente a la pre-establecida.*

Para que la aplicación oficial se considere diferente, es menester que ella sea distinta de aquella fijada para el bien, en la ley, la ordenanza, el reglamento.

---

[182] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 58.

[183] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 37.

Indicando los fundamentos jurídicos que puede asumir la fijación de la destinación específica que un determinado bien tiene, BERNAL PINZÓN[184] explica que es necesario que los caudales o efectos que administra el funcionario tengan fijada una destinación específica. El acto por medio del cual se fija esa destinación, cuyo cambio hace nacer el ilícito, puede ser una ley, una ordenanza, o un simple acuerdo municipal. Y, de otro lado, para determinar cuándo o cómo se produce la aplicación indebida, ORTIZ RODRÍGUEZ[185], acota que la aplicación de los bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que éste tiene parte aparece señalada, primeramente, en el respectivo presupuesto de gastos que señala la cuantía y la finalidad de la administración en cada apropiación global, en cada partida especial, en cada artículo o renglón, pudiendo ocurrir, en otro sentido, que el empleo correcto del bien pueda estar señalado en un reglamento.

Dicho de otra manera, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, será necesario consultar el acto correspondiente del Congreso, la Asamblea o el Concejo, expedido con sujeción a las normas anteriores, para saber si el servidor se extralimitó en el ejercicio de sus funciones e incurrió en el delito contemplado por el artículo 136 del Código Penal[186].

2.1.3.1.3.3. *No es necesario que la administración sufra daño.*

En la medida en que basta con que se dé la aplicación oficial diferente a la originalmente dispuesta para el bien, vale decir, que él sea utilizado o destinado para beneficio de la misma Administración, es claro que no es necesario que la Administración Pública sufra daño alguno, o mengua de alguna clase en su patrimonio, pues como dice GÓMEZ MÉNDEZ[187], puede incluso recibir beneficio con el cambio de destinación, y sin embargo, el delito se configura, ya que el bien jurídico protegido es básicamente el del mantenimiento de las metas trazadas en el presupuesto: En una palabra, podemos decir que el perjuicio característico del Peculado por, y especialmente del contemplado por el artículo 136, no es de orden económico o patrimonial, sino funcional o administrativo[188].

Esta última observación, dicho sea de paso, es la que confirma, una vez más, que en sede el peculado, en tanto figura delictual, no se protege sólo, como piensan algunos autores, el patrimonio de la administración, sino que, también, y en ocasiones, mucho más allá, se protege la disponibilidad de los bienes que conforman tal patrimonio, amén de la eficacia, la eficiencia, la honestidad, y la pulcritud en el manejo de tales bienes.

---

[184] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 14.

[185] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 82.

[186] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 161.

[187] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág 58.

[188] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág 170.

Obviamente, desde el punto de vista de la creación de la ley, no todos los autores se encuentran de acuerdo con el hecho de que no exija daño o menoscabo de alguna índole, en desmedro de los intereses de la Administración, de cara a la estructuración de esta forma de Peculado, cual es el caso de ARENAS[189], quien, comentando la evolución experimentada por el artículo 136 del actual Código Penal, en relación con el artículo 150 del Código Penal de 1936, sostiene que

> "No compartimos la eliminación de la circunstancia específica de agravación consistente en el daño o perjuicio que con la aplicación diferente pueda sufrir la administración. En esta infracción se sanciona la inversión caprichosa y desordenada, aunque a la postre resulte benéfica. Pero si el daño material no se requiere para tipificar el delito en su forma simple, sí debe tenerse en cuenta para agravarlo".

2.1.3.1.3.4. *No interesa la nobleza o bondad de los motivos determinantes del cambio de aplicación.*

Desde el punto de vista estrictamente típico, tiénese que, como dice MORENO[190] "el propósito del agente puede ser benéfico, su intención plausible,...", y a pesar de ello el tipo se estructura, salvo la mediación de una real y verdadera causal de justificación.

2.1.3.1.3.5. *La aplicación oficial diferente, puede ser por supresión o por restricción.*

En concepto de PÉREZ[191], que es por nosotros íntegramente acogido, la aplicación oficial puede ser diferente, bien sea por supresión o por restricción:

> "Supresión, porque la partida puede ser eliminada totalmente y aplicada a otros fines. Restricción, porque el traslado de la partida puede serlo sólo en parte, o porque apenas se alteren o modifiquen los bienes.
>
> .....
>
> No basta la supresión de la partida, ni el cambio de forma o de sustancia dada a los bienes. El delito no tiene aspecto negativo. Es indispensable que se efectúe con ellos, o respecto de ellos, un cambio de servicio, y esta conducta es eminentemente activa".

Según el mismo autor[192], no basta con la simple supresión u ocultamiento, de cara a la estructuración de esta forma delictual, en la medida en que, preguntándose si la simple supresión de la partida, constituye o no delito, responde:

---

[189] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág 37.

[190] Moreno Brand, William A., *Op. Cit.* Pág 87.

[191] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 241.

[192] Pérez, Luis Carlos, citado por Uriel Franco. *Op. Cit.* Pág. 174.

"El funcionario público que se limita a suprimir una partida del presupuesto de la institución administrativa que maneja, no comete la infracción prevista en este artículo, pues, como claramente se desprende del texto, se requiere no el acto pasivo de eliminar el renglón, o disminuirlo, sino la operación de ponerlo al servicio de intereses públicos diferentes de los previstos. Lo primero apenas encaja dentro de los preceptos reguladores del ejercicio presupuestal, y está sujeto a las fluctuaciones de los ingresos. Lo segundo es una operación cuyo dolo consiste en contrariar la voluntad que, privativamente, ordena los gastos.

El ocultamiento de un bien público, una estatua o un monumento, o la clausura de un parque o calle, constituyen delito? Por análogas razones y en gracia del sentido restrictivo de la ley penal, no delinque el funcionario que, fuera de toda consideración de servicio público, por capricho o falsa concepción moral, ejecuta cualquiera de estas censurables acciones. En cambio, si convierte el parque en establo o la calle en lugar de juego, pretendiendo obtener beneficios para la administración, es responsable".

2.1.3.2. *COMPROMETIMIENTO, INVERSIÓN O UTILIZACIÓN DE SUMAS SUPERIORES A LAS FIJADAS EN EL PRESUPUESTO.*

2.1.3.2.1. *CRÍTICA.*

A nuestro modo de ver, salvo quizá la hipótesis de "comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto", se trata aquí de una innecesaria repetición de lo que encierra la "aplicación oficial diferente", pues que no otra cosa comportan la inversión o la utilización de manera indebida. De ahí, que acojamos las ideas de ARENAS[193] al respecto, cuando proponía:

"...el Código anterior no entraba en innecesarias explicaciones sobre el alcance del elemento normativo. El actual invade terrenos propios de la jurisprudencia, pues comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, invertirlas o utilizarlas en forma no prevista en este; y otros comportamientos análogos, es precisamente lo que constituye la aplicación oficial diferente. Tales enumeraciones casuistas son innecesarias, además de inconvenientes, pues dejan por fuera casos que están implícitos en la ley y que los jueces deben poner de relieve en sus fallos".

2.1.3.2.2. *CONTENIDO NORMATIVO: HIPÓTESIS COMPORTAMENTALES.*

No obstante la crítica anterior, y por exigirlo así la redacción actual de la norma, vayamos al examen pormenorizado de cada una de esas hipótesis comportamentales:

---

[193] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 37.

2.1.3.2.2.1. *Comprometer sumas superiores.*

2.1.3.2.2.1.1. *Significado.*

Comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, traduce "la orden documentada del empleado con funciones de administración o custodia, cuando excede la cantidad presupuestada", de suerte tal que "perfecciona el delito antes de su cumplimiento"[194].

Ahora bien, si se atiende a las normas sobre contratación administrativa, contenidas en la Ley 80 de 1993, y particularmente a lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 41, según los cuales

> "Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.
> Para la ejecución se requerirá de la ejecución de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Presupuesto" (Negrillas fuera del texto),

se tendrá que, perfectamente, puede un servidor público (entendido el concepto en los términos del numeral 2o. del artículo 2o. de esa misma ley), comprometer, en la celebración de un contrato, sumas superiores a las establecidas o fijadas en el respectivo presupuesto, todo ello en perjuicio final de la Administración, que será la que tendrá que responder ante ese contratante insatisfecho, por el compromiso con él asumido por el servidor público.

En este orden de ideas, es claro que el momento consumativo de esta específica variedad de peculado por alicación oficial diferente, opera cuando se protocoliza el contrato, con prescindencia de los límites presupuestales, como acertadamente lo expone GÓMEZ MÉNDEZ[195], al decir que el delito se consuma en el momento en que se firma el contrato respectivo, toda vez que sólo en ese momento se compromete realmente una suma superior a la fijada en el presupuesto para la obra correspondiente. Se trata de un tipo de lesión, pues una vez que el servidor público compromete la suma respectiva, surge para la administración la obligación de pagar.

2.1.3.2.2.1.2. *Caracterización.*

En relación con el comprometimiento de sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, puede decirse que tal situación se caracteriza por dos circunstancias especiales:

---

[194] Franco, Uriel. *O.p Cit.* Pág. 171.

[195] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 59-60.

- La primera, que no puede haber ánimo de aprovechamiento en el agente delictual, pues que, en tal hipótesis, como lo plantea ORTIZ RODRÍGUEZ[196], el tipo penal patentizado no será el contenido en el artículo 136 del Código Penal, sino el previsto en el artículo 146 ejusdem:

> "Si el empleado celebra un contrato por suma superior a la indicada sin propósito de aprovechamiento para sí, el contratista o un tercero, habrá cometido el delito que se examina. Si obra con el referido propósito cometerá el delito previsto en el artículo 146".

- Y la segunda, que el comprometimiento de esa suma de dinero superior a la presupuestada, debe operar dentro del mismo renglón o rubro, pues que de lo contrario estaríamos frente a otra hipótesis de las contempladas como formas de conducta ejecutiva en este tipo penal, tal como lo explica PEREZ[197], ese comprometimiento es operación que se cumple cuando se aplica a otro renglón del mismo presupuesto, y en este sentido se confunde con la modalidad comisiva anterior (la de aplicar). Pero el sentido de comprometer aquí es el de aplicar el bien presupuestado en un 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.

2.1.3.2.2.2. *Invertir o utilizar de manera no prevista.*

2.1.3.2.2.2.1. *Contenido.*

Utilizar es aprovecharse de una cosa, es invertir, respecto de caudales, es aprovecharlos o gastarlos: de manera que significan lo mismo y que la o intercalada entre uno y otro verbal, es conjunción copulativa, como se decía en las viejas fórmulas gramaticales. Aquí se trata de aprovecharse o gastar caudales presupuestados, en rubros no previstos en el presupuesto, pero obviamente oficiales y atribuidos a la función del servidor que los aplicó[198].

2.1.3.2.2.2.2. *Crítica a su consideración independiente.*

Criticando el hecho de que se contemple como formas autónomas, aunque alternativas, de conducta ejecutiva de este tipo penal, la inversión y la utilización, ORTIZ RODRÍGUEZ expone[199] que si invertir es emplearlas, gastarlas o colocarlas, de manera que la acción consiste en emplear, gastar o colocar el dinero violando lo dispuesto en el presupuesto, se colige que esta conducta, sin duda alguna, está comprendida en la primera, consistente en darles aplicación oficial diferente de aquella indicada en el presupuesto: La conducta consistente en utilizar las su-

---

[196] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 82.

[197] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 242.

[198] Ibídem, págs. 241-242.

[199] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 82-83.

mas señaladas en el presupuesto en forma no prevista en este, también queda comprendida en la aplicación oficial diferente.

Ese mismo criterio es el que presenta un amplio acogimiento en la doctrina nacional, como que tanto ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ[200] como URIEL FRANCO[201], adhieren al mismo: El primero, cuando dice que, en verdad que la inversión o utilización de bienes en forma no prevista en el presupuesto, no es más que un desarrollo, bien de la aplicación oficial diferente, o del compromiso de sumas superiores, considerando que sólo excepcionalmente puede presentarse el caso de la inversión o utilización oficial distinta, que no esté precedida de un acto de aplicación ilegal, siendo este último el ejemplo clásico del traslado de fondos. Y el segundo, cuando juzga como imposible el hallazgo de comportamientos adecuados a la novísima previsión, que no se conformen a la primitiva aplicación oficial diferente, puesto que más que consignar acciones distintas en el tipo, el legislador se propuso cerrar el camino a fisuras que impidieran la sanción de modalidades del hecho subsumibles con alguna dificultad en el patrón típico.

2.1.3.2.2.2.3. *Qué es lo que se sanciona?*

Conforme a todo lo hasta ahora expuesto, podemos decir con FRANCO[202], que resulta oportuno reiterar que el exceso punible se refiere tanto a la cantidad fijada para la obra, servicio, empleo, etc., objeto de la asistencia irregular, como a la cantidad que por razones presupuestales globalmente administra el servidor para distintos efectos o finalidades, porque cuando la ley no distingue no puede hacerlo el intérprete, por vías de lo cual, puede decirse, con apoyo en el mismo autor, que es admisible el delito respecto de dineros cuya administración o custodia no existe de facto, pero sí como atribución latente fijada por la ley en sentido material.

2.2. ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL TIPO.

Siempre que la norma en comento no contempla elementos descriptivos del tipo, y que dentro de los elementos de carácter normativo se limita a reproducir algunos que ya han sido por nosotros revisados en etapas anteriores de nuestra exposición, como son los de servidor público, los bienes públicos, la administración o custodia, por razón de sus funciones y los verbos rectores (que acaban de ser individualmente analizados), nos resta establecer si la norma contempla un elemento subjetivo, referido al potencial ánimo de lucro que anime al actuar del agente delictual. Y en tal sentido, prohijando los pareceres de ARENAS[203], diremos que el ánimo de lucro no juega ningún papel en esta figura, la cual se caracte-

---

[200] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 60.

[201] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág, 173.

[202] Ibídem, pág. 172.

[203] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 38.

riza por la gratuidad y muchas veces la buena intención y hasta la utilidad que un determinado cambio de destinación de una partida puede reportar a la administración pública, lo cual quiere decir que esta conducta no se sanciona por el daño material, por el perjuicio económico que de ella pueda derivarse, sino por el mal que entraña el desorden en la inversión de los fondos y el peligro que representa permitir a los servidores el manejo caprichoso de los bienes de la administración.

En resumen, carece la figura de elemento subjetivo pues basta el voluntario cambio de destinación de los bienes, con conocimiento de que se contraría lo dispuesto en leyes o reglamentos que el servidor está obligado a cumplir: El propósito del agente puede ser benéfico, su intención plausible, el resultado provechoso, como sucedería en el caso de que para satisfacer necesidades de un hospital o de una escuela invierta en droga o muebles partidas destinadas al pago de sueldos.

3. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

Desde el punto de vista de los dispositivos amplificadores del tipo, podemos predicar dos cosas en relación con esta figura: Una, en relación con el eventual concurso de personas, para decir, como lo hace FRANCO[204], que cabe deducir responsabilidad por peculado en calidad de cómplices o determinadores a sujetos que pueden no ser servidores públicos ni administrar o custodiar bienes.

Y la otra, atinente al eventual concurso de tipos penales que pudiera llegar a presentarse entre esta figura y el Peculado por Apropiación, para deslindarlos en los términos en que lo hace GÓMEZ MÉNDEZ[205]:

> "No sobra repetir que cualquier destinación diferente que no sea oficial, o que implique un provecho para el funcionario, no cae dentro de la norma estudiada sino en la del peculado propio".

Sobre este preciso particular, la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento del día 17 de Febrero de 1998, con ponencia del Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, explicó:

> "Ante la atención que la defensa dedica al punible de peculado por aplicación oficial diferente, debe la Corte recordar que, si bien tiene elementos que lo identifican con el peculado por apropiación, también presenta notas que lo distancian.
> Así, por ejemplo, uno y otro tienen de común la calidad del sujeto activo (debe ser servidor o empleado oficial), la naturaleza de los bienes (restringida para el primero, pues se contrae a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, y ampliada para el segundo a fondos parafiscales, o bienes de particulares, en los casos

---

[204] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 163.

[205] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 58.

previstos en el art. 133 C.P.) y la relación entre el sujeto y estos bienes (relación funcional).
Pero mientras que la aplicación oficial diferente ataca la administración pública cuando el funcionario los invierte en forma diferente de aquélla a que estaban destinados, o compromete sumas mayores a las previstas en el presupuesto, conducta que en todos los casos se haya desprovista de ánimo de lucro, y por ende no resulta el Estado lesionado patrimonialmente en forma directa, pues la inversión es siempre pública, en el peculado por apropiación, en cambio, los bienes del Estado sufren material menoscabo, pues dejan de pertenecerle para confundirse con el patrimonio del desleal servidor público y de ahí que las consecuencias punitivas que éste deba sorportar sean más intensas".

4. EVALUACIÓN DE LA CONDUCTA ACRIMINADA: DESPENALIZACIÓN.

Luego de practicado el análisis que precede, en relación con la forma de peculado prevista en el artículo 136 del Código Penal, desde la perspectiva Político Criminal, sólo una puede ser la conclusión a la cual se arribe, que no es otra que aquella que muestra que esta conducta debe ser "despenalizada", es decir, que conservando su carácter de ilícita, pase a ser considerada y sancionada en otro ordenamiento jurídico, que para el caso concreto podría serlo el administrativo.

Precisamente por ello es por lo que acogemos los decires de GÓMEZ MÉNDEZ[206], quien practicando idéntico examen evaluativo, concluye que, en verdad que esta específica modalidad de peculado -por aplicación oficial diferente- no debería ser objeto de tratamiento penal sino disciplinario, a tiempo que recuerda que el profesor español RODRÍGUEZ DEVESA critica así la norma de su país que incrimina el "destino público diferente": "Es esta una forma sumamente corriente de malversación que debería ser reconsiderada porque viene impuesta en muchas ocasiones por las conveniencias mismas de la gestión del servicio público a causa de la lentitud administrativa. Acaso estuviese indicado incriminar sólo aquellos supuestos en los que se produzca daño o entorpecimiento para el servicio público..."

[206] Ibídem, pág. 58.

CAPÍTULO SEXTO

PECULADO CULPOSO

En atención a las modificaciones generales introducidas por el parágrafo único del artículo 18 de la ley 190 de 1995, así como por el artículo 32 ejusdem, habremos de decir que, para el momento actual, el artículo 137 del Código Penal, que consagra el peculado culposo, observa el siguiente tenor literal:

> "El [servidor público] que respecto a bienes del Estado o empresas o instituciones en que éste tenga parte, o de 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, [multa entre diez (10) y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes] e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años".

De allí que podamos decir, entonces, que la estructura básica de este tipo penal es la siguiente:

- Se trata de un tipo penal de sujeto activo cualificado, a saber, un servidor público.

- Ese servidor público debe dar lugar al extravío, pérdida o daño (elemento normativo) de bienes que real o funcionalmente pertenecen al Estado (objeto material).

- Esos bienes que pertenecen real o funcionalmente al Estado, deben haberle sido confiados al servidor para su administración o custodia, por razón de sus funciones (elementos normativos).

- A esa pérdida, extravío o daño de tales bienes, debe haber dado ocasión el servidor público, por un actuar culposo de su parte.

- Finalmente, es imprescindible que se presente y conjugue un nexo causal entre el obrar culposo del agente y el extravío, pérdida o daño de tales bienes (lo que se infiere de la expresión "dé lugar")[207].

---

[207] En proveído de Septiembre 16 de 1997, refiriéndose a la estructura del peculado culposo, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego explicó:

"4. *Además de estas precisiones, hechas a la luz del bien jurídico tutelado, que es el faro que ilumina la interpretación de los tipos penales, también se impone una mirada a la estructura típica*

1. LA CULPA PENAL.

Sobre la base de que el Código Penal, en su artículo 37, contempla tanto la culpa sin representación como la culpa con representación, situando como la base fundamental para la emisión de un juicio de reproche en el agente, "la falta de cuidado medio objetivo, exigible en el ámbito de relación", como dice BUSTOS RAMÍREZ, podemos decir que nuestro sistema penal trata la forma culpable de la Culpa, de dos maneras:

- La primera, como fuente u origen de responsabilidad penal, en los eventos expresa y taxativamente contemplados como tales, en la parte especial del Código Penal, en seguimiento de lo dispuesto en el artículo 39 ejusdem;

- Y la segunda, ligada al tratamiento jurídico del error, en los términos indicados en los numerales 3o. y 4o. del artículo 40 del Código Penal, vale decir, tanto como originante de una causal de inculpabilidad (con aplicación general), como de responsabilidad atenuada (cuando el hecho admita o presente la forma culposa).

Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que nuestra ley penal no sanciona la culpa en abstracto, sino en cuanto referida a un hecho dañoso en concreto, por vías de lo cual se dice que si bien es presupuesto de la culpa la falta de cuidado medio objetivo, es decir, el haber obrado con imprudencia, impericia, negligencia o violación de reglamentos (incluida la "lex artis"), no es menos cierto que para que pueda entrar a sancionarse, desde la óptica jurídico-penal, ese obrar, es necesario que él se haya materializado en la patentización de un determinado resultado dañoso: Por ello, hasta tanto no se produzca la materialización de un resultado dañoso, las actuaciones negligentes, imprudentes o imperitas del agente, no serán sancionables a título de culpa, conforme a nuestra ley penal, lo cual habilita a algunos predicar que "no hay crimen de culpa sino crímenes culposos"[208], como que a más de la materialización del resultado dañoso en el mundo exterior, antecedido de la falta al deber de cuidado medio, es menester que opere un vínculo o relación entre uno y otro extremo.

Lo anteriormente expuesto quiere decir que, por mucho que una persona conduzca embriagada, a exceso de velocidad o con irrespeto absoluto por las normas de tránsito, todo lo cual configuraría la denominada "falta de cuidado medio objetivo", no podría ella ser sancionada, dentro del marco de nuestra ley penal, y ni siquiera a título de culpa, hasta tanto no causase algún resultado dañoso para la vida y/o la integridad personal de alguna otra persona, ya que, como ha sido ello

---

del delito de peculado culposo. El aspecto objetivo del tipo lo integran los sujetos (activo y pasivo); la acción que se traduce en actitudes de abandono o negligencia inexcusables, referidas tanto a la comisión como a la omisión culposas, como podría ser una mala administración o la falta de control sobre las actividades legalmente encomendadas; el resultado que imprescindible en esta modalidad del peculado; el nexo de causalidad; la violación del deber de cuidado y la relación de determinación (como contenido de la relación de causalidad) entre la falta de cuidado objeto y el resultado dañino.

[208] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 182.

explicado, no se sanciona la culpa en abstracto, sino el resultado dañoso ocasionado por el obrar culposo, lo que, por demás, nos permitirá sentar otra premisa, cual es la de que los delitos culposos son delitos de resultado, esto es, que no basta con la observancia de una determinada conducta para su consumación, pues que es menester la verificación de un determinado resultado en el mundo fenoménico, para tales efectos, siendo igualmente claro que, en la medida en que el legislador no indica por qué vías específicas se puede llegar al actuar culposo, se está en presencia de tipos penales relativamente abiertos[209].

2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL TIPO.

2.1. SUJETOS.

En este tipo penal en concreto, se tiene que los elementos estructurales genéricos, a nivel de los sujetos (activo y pasivo), admiten y resisten el mismo análisis practicado respecto de las demás formas de peculado, motivo por el cual nos eximimos de cualquier observación adicional a tal respecto.

2.2. OBJETOS.

2.2.1. *JURÍDICO.*

Pretende la norma exigir, de parte de los servidores públicos que administran o custodian bienes, real o funcionalmente de la administración, una diligencia y cuidado, por lo menos medio, en relación con tales bienes, a fin de que ellos no se pierdan, extravíen o dañen: Dicho de otra manera, el sentido teleológico de la norma, apunta a que los servidores públicos no solamente no lesionen de manera directa la corporeidad, existencia y funcionalidad de los bienes de la Administración (como se tutela ello en las formas de peculado anteriormente analizadas), sino que ello se haga de manera indirecta, por razón de su descuido, desmaño o, en general, falta de diligencia.

Siendo claro, como lo apunta ARENAS[210], que algunas legislaciones no sancionan el peculado culposo, limitándose a establecer solamente sanciones de carácter disciplinario con respecto suyo, y sancionando únicamente las formas dolosas de peculado, no puede olvidarse, tampoco, como dice GÓMEZ MÉNDEZ[211], que en el mundo administrativo de hoy, muchos casos de peculado culposo representan un daño superior a la administración pública que el que puede originarse en pequeños peculados dolosos o intencionales, proponiendo el caso del inadecuado depósito de materias primas, o de productos agrícolas, que generan pérdida o daño de los mismos y representan para el Estado millonarias pérdidas; así como el caso de

---

[209] Ibídem, pág. 191.

[210] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 39.

[211] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 63.

gruesas sumas de dinero depositadas en entidades o corporaciones de ahorro, respecto de las cuales no se analiza con el debido cuidado su seriedad y solvencia, como eventos que servirían para ilustrar lo expuesto.

Por vía meramente ilustrativa, cabría resaltar cómo la Corte Suprema de Justicia, se ha ocupado en varias oportunidades de examinar la materialización de peculados culposos en relación con la custodia judicial de armas[212], así como respecto de la custodia de depósitos judiciales[213].

---

[212] Sobre este específico tópico, podrían resaltarse tres pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia, así:

- Auto de Junio 6 de 1990, con Ponencia del Dr. Jorge Carreño Luengas:

"Resulta incuestionable, entonces, que la acusada tenía pleno conocimiento de la obligación legal de remitir las armas vinculadas a los procesos penales a las autoridades militares porque así había procedido con anterioridad en este mismo proceso. Pero lejos de cumplir con este deber resuelve imprudentemente dejar los revólveres en su escritorio a sabiendas de que la oficina no ofrecía seguridad alguna, como para guardar en ella objetos de valor.

En diligencia de inspección judicial se pudo constatar, que una de las ventanas del juzgado se hallaba sin vidrio y que por dicha ventana se podía introducir cualquier persona "...sin ningún esfuerzo...". Esto lo sabía la funcionaria y así lo reconoció cuando formuló la denuncia por el hurto de las armas. Tan convencida estaba la Juez que los revólveres podrían extraviarse que nos cuenta en su indagatoria, que casi todos los días abría el cajón y palpaba las armas para convencerse que ellas aún permanecían "en el rincón al fondo del cajón".

Se puede concluir de lo anterior, que la Doctora J.O., en su condición de Juez de la República, recibió por razón de sus funciones objetos de valor cuyo extravío permitió como consecuencia de una conducta negligente e imprudente.

Quiere decir lo anterior, que la Juez lesionó el bien jurídico de la administración pública, con un comportamiento culposo -culpa con representación-, porque previendo el resultado (el extravío de las armas) confió imprudentemente, habiendo podido evitarlo".

- Auto de Noviembre 20 de 1991, con ponencia del Dr. Ricardo Calvete Rangel:

"Ahora bien, lo que resulta indiscutible, es que la conducta del ex-juez de instrucción criminal, se adecúa perfectamente a la descripción típica del delito de peculado culposo -art. 137 del C.P.-, pues en su comportamiento descuidado y negligente dio ocasión a que se perdiera el revólver "decomisado" que por razón de sus funciones estaba en el deber de cuidar.

Nos encontramos ante un caso de culpa por negligencia, toda vez que el acusado, en calidad de juez incurrió en notorio incumplimiento de sus deberes específicos, del cual se derivó un resultado lesivo para la administración pública, limitándose a depositarlo, durante un lapso más o menos largo, en una gaveta de su escritorio, "sin llave y sin seguro", que como él mismo reconoce en su injurada, podía abrirse con excesiva facilidad, omitiendo el deber de remitir el arma al Comando General de las Fuerzas Militares para su custodia, de conformidad con lo preceptuado en el art. 53 del Decreto 1663 de 1979, ...".

- Finalmente, la sentencia de Junio 11 de 1997, con ponencia del Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote:

"En estas condiciones, es claro que por casi ocho (8) Meses, desde el nueve (9) de Mayo hasta el dos (2) de Diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), fecha en que el Dr. D.M. entregó el Despacho, el revólver permaneció indebidamente en el juzgado por la sencilla razón de que se no se requería para la práctica de prueba alguna, como en efecto sucedió, era su obligación legal dar apli-

cación al art. 53 del Decreto 1663 de 1979, de conformidad con el cual "las armas, municiones y accesorios que sean decomisados, deberán ser enviados a la sección Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General, dentro de los quince días siguientes al mes en que se efectuó el decomiso" y el art. 1o. del Decreto 2760 de 1981, modificatorio del art. 58 del precitado Decreto 1663, que dispone: "Las armas y municiones de guerra de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y las armas de fuego de cualquier clase que las autoridades tengan en su poder o secuestren por haberse cometido con ellas un delito o que provengan de su ejecución o hicieren parte de un proceso penal, serán puestas por el respectivo juez o funcionario bajo control y custodia de las autoridades militares o de la policía nacional, según el caso, y allí quedarán a disposición del funcionario competente para los efectos de la investigación...", y no desatender la diligencia debida para ejercitar la custodia del arma, dejándola expuesta a la posibilidad de extravío o pérdida.

4. Así, si bien ya este solo hecho demuestra, por el transcurso del tiempo, el desprecio del Dr. D.M. por el cumplimiento de ese imperativo legal, la absoluta falta del estricto deber de cuidado que le correspondía como juez para no desatender sus funciones, se evidencia frente al conjunto de hechos que precedieron la pérdida del arma, respecto de los cuales al haber tenido conocimiento el juez y hacer caso omiso de los mismos, a pesar de que por su relevancia sobre el peligro que se cernía sobre la misma era evitable, no deja dudas sobre su actuar negligente de este funcionario.

El mismo Dr. D.M., ha reconocido que las armas y específicamente el revólver en referencia, las dejaba en poder de sus empleados, desconociendo hasta cuántas llaves tenían esos archivadores, no volviendo a saber de ellas, como sucedió en este caso.

Pero es que además, y sabedor de que las armas no podían permanecer en el Juzgado, sino en la Policía, ya había sido advertido por el empleado judicial L.B., del manejo que uno de sus subalternos les daba a las mismas, llegando a jugar con ellas en el propio despacho y a amenazar, así haya sido en broma, a otras personas en la Secretaría; y como ya se refirió R.C., también empleado suyo, le había manifestado su interés porque le prestara un revólver para proteger su residencia, lo cual ya lo ponía alerta para emplear todos los medios posibles para ejercitar debidamente la custodia sobre las armas que se encontraban en el juzgado; no obstante nada hizo para que su actuar fuera diligente, desconociendo inclusive si sus empleados lo incluyeron en el inventario, pues él no estuvo pendiente de esa trascendental función, como paladinamente lo ha reconocido.

Este marco de hechos y circunstancias, que en su conjunto antecedieron a la pérdida del revólver, demuestran cómo se constituyeron en causa de la desaparición del arma, pues generaron el peligro en que quedó para que fácilmente se perdiera, evidenciándose así su conducta culposa; ya que no obstante incumplir con lo ordenado en los precitados decretos sobre la remisión del arma a las autoridades policivas para que ejercieran su custodia, no tomó ninguna medida de protección para que, estando bajo su cuidado, no corriera riesgo, siendo claramente previsible que dejándola expuesta en las condiciones en que quedó, se podía provocar su pérdida.

Resulta, así, indiscutible, que la conducta del ex-Juez ..., de Instrucción Criminal, Dr. C.A.D., se adecúa perfectamente a la descripción típica del delito de peculado culposo, a que se refiere el art. 137 del C.P., pues su comportamiento descuidado y negligente dio ocasión a que se perdiera el revólver que por razón de sus funciones estaba en el deber de cuidar".

213 Sobre este tópico, cabría recordar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia Mayo 18 de 1989, con ponencia del Dr. Guillermo Duque Ruiz, verificó la siguiente exposición:

"En el caso a estudio está probado que los dineros por concepto de cauciones fueron entregados al Juzgado Promiscuo Municipal de Ituango, perdiéndose los correspondientes a tres de ellas (procesos de R.S.V. y M.A.O.), sin que valga la afirmación de la defensa en el sentido de que el numeral no lo recibió la Juez M.G. directamente sino el citador A.Ch., quien era el encargado de "manejar" los depósitos en cuestión. Porque no es cierto que la ley no establezca que sea el juez quien debe responder de esos dineros; por el contrario, el artículo 4o. del Decreto 1798 de 1963 (reglamentario del

Ahora bien, lo anteriormente expuesto tampoco significa que el servidor público deba llegar a responder por el cuidado y permanencia de esos bienes, hasta extremos absolutos, pues que el límite propio de la esfera de responsabilidad correspondiente, estará marcado no sólo por el principio de lesividad, sino, también, por el principio de culpabilidad. De allí, entonces, que no compartamos nosotros los temores de FRANCO[214], para quien

> "Casi cualquier fenómeno que afecte a un objeto constituye extravío, pérdida o daño, de manera que por simple inercia pueden operar las previsiones típicas, sin otro requisito que el transcurso del tiempo y el desarrollo normal de la actuación administrativa.
> Daños ocurren por la mera exposición ordinaria a los elementos o el uso adecuado a la naturaleza del bien; los extravíos pueden vincularse

---

artículo 4o. de la Ley 2a. de 1963, "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre el Banco Popular"), dispone:

.....

Ahí empezó a exhibir ostensible negligencia la Juez: al permitir, como ella misma lo admite, que un empleado del juzgado estuviera a cargo de función tan delicada y, por lo mismo, tan estrictamente reglada por la ley en cuanto a su cuidado por el propio funcionario. La doctora M.G. se desatendió de esa función, hasta el punto que -aquí también continuó manifestándose su incumplimiento del deber- tampoco verificó si los dineros se estaban depositando en la Caja Agraria, como lo ordena expresamente el precitado Decreto y también el Código de Procedimiento Penal para entonces vigente (Decreto 409/71) en sus artículos 459, 461 y 463.

Como consta en el pliego formulado por la Procuraduría a la doctora M.G. y a la secretaria A.C. (Fls. 33 y ss.), en varios procesos las cauciones prestadas por sindicados para efectos de libertad provisional, se consignaron en la Caja Agraria extemporáneamente, incluso con retrasos de meses.

A lo anterior se suma lo dicho por la Juez sindicada, en el sentido de que "firmaba sin leer" las actas contentivas de las diligencias de compromiso, y que le tenía "mucha confianza" a sus colaboradores. ..."

Y más recientemente, en proveído de Noviembre 27 de 1991, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez, se examinó la siguiente situación:

"Del presente proceso ya había tenido ocasión de conocer la Corte con motivo de la apelación del auto que resolvió la situación jurídica del Juez B. de J.O., decretando en su contra medida de aseguramiento de conminación por el delito de peculado culposo. Y, en verdad que las pocas pruebas que, con posterioridad a tal decisión de esta Corporación que confirmó aquella otra, se practicaron, nada aportaron en pro o en contra de la responsabilidad del juez acusado, o sea que lo aseverado por la Sala en aquella ocasión conserva cabal vigencia.

Entonces, allí se dijo y ahora se reitera que el O.G. no cumplió con el deber de cuidado que como Jefe de la Oficina Judicial estaba obligado en materia tan importante, permitiendo que su empleado, como suele decirse, "hiciera y deshiciera" con los títulos y con el libro de bancos sin tomarse el más ligero trabajo para confrontar con los extractos bancarios y dejando pasar por alto circunstancias tales como que si "el descuadre" obedecía como se le señalaba, a que algunos títulos habían sido endosados y no cobrados, no tenía por qué aparecer en el banco un saldo inferior al que obraba en los libros, para nada de lo cual se requería como lo demanda el defensor ser experto en materias contables".

[214] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 180.

a fenómenos subjetivos sin correspondencia en los hechos o también a la concurrencia de actuaciones heterogéneas y plurales de distintos empleados exigidas por el servicio público.
Encontramos difícil identificar el signo de lo incorrecto y socialmente lesivo en estos ejemplos, aunque pudieran conformarse literalmente al texto de la ley".

Y no compartimos, como decíamos anteriormente, las preocupaciones de FRANCO, por la sencilla razón de que, como apuntábamos, el límite entre lo punible y lo no punible, entre estos casos, estará claramente demarcado por los principios de lesividad y de culpabilidad: Bastará, entonces, conque recordemos qué es lo que se está protegiendo aquí, vale decir, que evoquemos el objeto jurídico, la razón de ser de este tipo penal, lo que dice alusión al principio de lesividad, para que entendamos que lo que se está sancionando no es la pérdida, extravío o daño del bien, en cuanto tales, y mucho menos cuando ello opera por el uso normal y natural de las cosas (en este caso, de los bienes de la Administración), sino esa pérdida, ese extravío o ese daño, en cuanto tengan como fundamento y antecedente un actuar culposo, esto es, desmañado, desatento, falto de diligencia y prudencia, por parte del agente delictual.

En idéntico orden de ideas, pero desde otra perspectiva, diremos que bastará conque recordemos que no se está sancionando tampoco la culpa en abstracto, del agente delictual, sino aquel obrar desenfadado, falto de cuidado medio objetivo, pero en tanto, y sólo en cuanto, referido a la causación de un determinado resultado dañoso, pues que, como bien se analizó ello en líneas precedentes, no se sanciona, conforme a nuestra ley penal, la culpa en abstracto sino la culpa en concreto, esto es, el obrar representativo de la falta de cuidado medio exigible en el ámbito de relación, en la medida en que el mismo haya sido causante de un resultado dañoso específico.

Por lo expuesto, en consecuencia, tampoco compartimos los infundados temores expuestos por el mismo FRANCO[215], al consignar:

"Una interpretación literal del texto -secundada ya por algunas manifestaciones doctrinarias- patrocinaría la viabilidad práctica del *versare in re illicita*, contrariando los principios en que descansa el ordenamiento penal de 1980, sobre todo el de culpabilidad, cuya vigencia todavía imperfecta ha labrado no sin conflictos el progreso del derecho".

Si tal aseveración consignamos, es porque, en nuestro sentir, resulta palmariamente diáfana la imposibilidad de atender a aplicaciones objetivas de la ley penal, desde el momento mismo en que nuestro Código Penal, en su artículo 5o., acoge expresamente, como norma rectora de la ley penal, el principio de culpabilidad: En este orden de ideas, si no obstante la claridad meridiana de nuestra ley penal,

[215] Ibídem, pág. 184.

subsisten manifestaciones doctrinales, como las que denuncia FRANCO, que insisten en la aplicación objetiva de la ley, de quienes habrá de temerse es de esos doctrinantes, y no de la ley penal, en sí misma considerada.

2.2.2. *MATERIAL.*

De conformidad con la redacción actual de la norma, puede decirse que el objeto material de esta forma de infracción a la ley penal, está (o puede estar) constituido por aquellos bienes que, de manera real o meramente funcional, como fue ello explicado en su oportunidad, resultan ser de la Administración: bienes del Estado, o de empresas o de instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones.

Precisamente ese casuismo minucioso en la descripción del objeto material de la infracción, es el que ha permitido a algunos autores -cual es el caso de FRANCO[216] y de ARENAS[217]- censurar duramente tal redacción, al considerar innecesaria tal enumeración, estimando que bastaba con decir, por ejemplo, "los bienes que tenga bajo su administración o custodia", en la medida en que ninguno se excluye, habida cuenta que para FRANCO, por ejemplo,

> "El artículo confirma alguna tendencia del legislador a las formas casuísticas y las relaciones taxativas, tan limitantes, tan nocivas y, en última instancia, tan poco afectas a la elaboración técnica de las normas, aun cuando el criterio que presida la actuación de los redactores sea acoger una segura amplitud de los términos típicos".

2.3. LA CONDUCTA.

Quizás el punto en donde opera la verdadera distinción entre esta y las demás formas de peculado, sea el referente a la conducta, que no sólo exige de una determinada forma de culpabilidad, como presupuesto, sino de unas específicas formas de patentización en el mundo fenoménico, como resultado. Por ello, precisamente, ARENAS[218] puede afirmar que son elementos del peculado culposo:

> "a) Que el empleado oficial incurra en culpa, es decir, en un error de conducta por imprudencia, negligencia, inobservancia de reglamentos o incumplimiento de deberes;
> b) Que efectivamente los bienes que el funcionario tenga bajo su administración o custodia se extravíen, pierdan o dañen total o parcialmente, y
> c) Que entre la culpa del funcionario y el extravío o la pérdida de los caudales o efectos exista relación de causalidad".

---

[216] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág, 179.

[217] Arenas, Antonio Vicente. *Op.Cit.* Pág. 39.

[218] Ibídem, pág. 39.

2.3.1. *EL ANTECEDENTE INMEDIATO: EL ACTUAR CULPOSO DEL AGENTE.*

Conocido ya lo que se entiende por culpa, en sentido jurídico-penal, cabe decir que esta forma de peculado se caracteriza por observarse dentro de los marcos de tal forma de culpabilidad: Dicho de otra manera, que lo que se está sancionando aquí no es ni el extravío, ni la pérdida ni el daño de los bienes que, real o funcionalmente, pertenecen a la Administración, sino que lo que se está sancionando es el hecho de que tales bienes hayan sufrido esa mengua total o parcial, permanente o transitoria, a causa de un obrar culposo, precedentemente observado por parte del servidor público que los tenía a su cargo.

Cierto es que lo que aparece tan claro en un primer momento, admite la formulación de algunos cuestionamientos que buscan establecer, con fidelidad absoluta, los alcances de la disposición:

2.3.1.1. El primero de tales interrogantes viene formulado por FRANCO[219], quien inquiere si esa conducta culposa del agente delictual consiste, necesariamente, en una omisión, o si, por el contrario, también puede consistir en un actuar temerario, asunto ese respecto del cual el mismo autor en cita concluye que lo mismo es para la estructuración del ilícito que, en el caso del artículo 137 el bien se extravíe, pierda o dañe porque el servidor omita tomar ciertas medidas de seguridad aun cuando no lo use en absoluto, que suceda lo mismo a causa de su utilización desaforada e imprudente, aun con intenciones subjetivamente positivas.

Con base en tal postura, FRANCO censura alguna doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, según la cual, en el peculado culposo siempre se daba una forma de imprudencia pasiva; y, al mismo tiempo, se muestra en desacuerdo con LUIS CARLOS PÉREZ, para quien "el delito entraña siempre participación negativa del empleado", toda vez que, en opinión que compartimos, el autor en comento plantea que la pérdida, extravío o daño, serán muchas veces causados por un excedente de acción o de dinámica o por utilización que extralimita la señalada por las funciones creando riesgos adicionales.

2.3.1.2. El segundo interrogante aludiría a si es necesaria, para la consumación de esta forma de peculado, la intervención o participación de un tercero, vale decir, si a más de la conducta culposa observada por parte del servidor, respecto del bien que debía administrar o custodiar, y en razón de la cual se produjo el extravío, la pérdida o daño del bien, es menester que aparezca la figura de un tercero que se apropie del referido bien.

Coincide la doctrina, en relación con el Código Penal actualmente vigente, en manifestar que ello no es necesario, habida cuenta que la disposición no formula ni plantea tal exigencia[220], de tal manera que basta con que los bienes se extravíen,

---

[219] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 181.

[220] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 39.

dañen o pierdan por el error de conducta en que incurre el servidor público responsable de los mismos, amén de que, de ser así, esto es, de exigirse la presencia de un tercero que se apropie del bien, se habría creado en nuestro medio una figura jurídica verdaderamente irregular, como que, "perdido un bien, tendría que esperarse hasta que alguien interviniera en la situación apoderándose de él, para producirse la estructuración del hecho", lo que devendría, en consecuencia, en la configuración de un "delito condicional"[221]. Dicho, entonces, de otra manera, que bien puede producirse, como es ello fenoménicamente posible, el extravío, la pérdida o el daño del bien, sin la necesaria intervención correlativa de un tercero que se los apropie[222].

A este respecto cabría reseñar, por ejemplo, que la Corte Suprema de Justicia, en providencia de Julio 30 de 1985, con ponencia del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, puntualizó:

> "El tipo penal del Peculado Culposo (art. 137 C.P.) describe la conducta del empleado oficial que, por culpa, da lugar a que se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se haya confiado al empleado por razón de sus funciones.
> Conforme a esa norma, pues, para atribuir la comisión de Peculado Culposo a una persona, no es requisito indispensable que otra haya sido condenada por la apropiación del objeto material de la conducta, ya que nuestra legislación penal acertadamente ha separado el comportamiento de uno y otro sujetos. ..."

2.3.1.3. A pesar de lo anteriormente expuesto, cabría preguntar: Qué pasaría si el actuar culposo del agente, que dio lugar a que los multicitados bienes se perdieran, extraviaran o dañaran, se debió a un obrar doloso, en tal sentido desplegado por parte de un tercero?

Es perfectamente factible, como de hecho usualmente acontece, que la pérdida o extravío de los bienes de la administración, encuentre como causa inmediata la actividad dolosa de un tercero, sin que ello sea necesario, como se dijo, para la estructuración de este tipo penal[223]: De allí, en consecuencia, que sea claro que si el tercero se apropia del bien, aprovechándose de la conducta culposa observada por el servidor, este será penalmente responsable por su negligencia; empero, si el tercero se apropia del bien, sin que hubiera servido como fundamento para ello, la actividad culposa del servidor público que debía resguardar y responder por tal bien, este último no incurre en responsabilidad, en la medida en que no ha mediado nexo causal entre su actuar y el resultado dañoso:

---

[221] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág, 189.

[222] Gómez Méndez, Alfonso. *Op Cit.* Pág 64.

[223] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Págs. 39-40.

> "Roto el vínculo entre el descuido del uno y la dañada intención del otro, sólo a este puede deducirse responsabilidad. Si el error del funcionario es inculpable, no se le puede hacer responsable de las consecuencias que de él se sigan. Si el error es culpable o inexcusable, debe responder del extravío o pérdida, resultado que bien puede producirse sin intervención dolosa de una persona (incendio, inundación, etc., causados por culpa del funcionario)".

Sobre ese particular ya tuvo oportunidad de pronunciarse nuestro máximo tribunal de Justicia, cuando analizando la estructura, contenidos y alcance del peculado culposo, en proveído de Septiembre 16 de 1997, con ponencia del Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO explicó:

> "4.1. El resultado. El peculado por culpa es un delito de resultado material porque se exige la constatación de los fenómenos del extravío, la pérdida o el daño de los bienes. Esta exigencia deriva de las expresiones regulativas "dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen", cuya significación patética es la de que se produzca un cambio en el mundo exterior.
> Claro que, como lo dice la fiscal impugnante, no es necesario probar el hurto de las cosas por un tercero para poder imputar el delito de peculado culposo a la funcionaria, pero para la Sala sí es imprescindible que aparezca demostrado que dichos elementos se extraviaron, se perdieron o se dañaron por obra de la incuria del servidor oficial encargado de los mismos. El vigente art. 137 no concede espacio para sugerir la necesidad de la intervención dolosa de un tercero en relación con los bienes perdidos, rezago de legislaciones anteriores para poder imputar el peculado culposo al funcionario que los custodiaba, pues se han deslindado perfectamente las conductas de uno y otro actor irregular, aunque fenomenológicamente la negligencia del servidor público puede facilitar la apropiación por parte del tercero, caso en el cual sí procedería la atribución del peculado por culpa".

2.3.1.4. Finalmente, podríamos nosotros preguntar: Hasta dónde llegará la órbita de responsabilidad funcional del servidor público, con respecto a los bienes que administra o custodia?

Como respuesta, diremos que esa responsabilidad llega hasta el límite de sus funciones, atribuciones y responsabilidades, demarcados dentro del respectivo acto (Constitución, Ley) o reglamento, que fije tales funciones, atribuciones y responsabilidades, pudiéndose decir, con fundamento en el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Nacional, que cuando se ha producido una delegación de funciones, es al delegado a quien cabe deducir responsabilidad penal, cuandoquiera que se haya producido el resultado dañoso, sobre la base de un actuar culposo, y no al delegante (salvo, obviamente, que el acto mismo de la delegación haya constituido un obrar culposo, en la medida en que las condiciones objetivas y/o subjetivas de tal evento, hagan aparecer como imprudente, el hecho de haberse

conferido tal encargo)[224]. A tales efectos, cabe recordar que la disposición en cita prescribe:

> "La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente".

No estaría demás recordar, sí, que en la ya citada providencia de Septiembre 16 de 1997 proferida por la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO se indicó que, en todo caso,

> "La violación al deber de cuidado objetivo se evalúa siempre dentro de un ámbito situacional determinado, es decir, por medio de un juicio de la conducta humana en el contexto de relación en el cual se desempeñó el actor, y no en el aislamiento de la fealdad de lo que éste hizo o dejó de hacer".

Y más adelante, en criterio que resulta altamente valioso para lo que aquí se viene examinando, postuló:

> "Inútil resulta el esfuerzo de diluir la responsabilidad en torno a un innecesario escrutinio sobre la posibilidad de delegación o de comisión de la fiscal en su cuestionado auxiliar judicial, pues, en orden a examinar la violación del deber de cuidado objetivo, rige la regla de la confianza, elaboración doctrinaria que parte del hecho de la intersubjetividad permanente del ser humano, razón por la cual quien participa en una actividad riesgosa, compleja o delicada, en la medida en que actúa diligente y cuidadosamente, tiene derecho a confiar en que los demás partícipes harán lo propio.
> Sería imposible el desenvolvimiento de un despacho judicial si, por razón de la complejidad de su actividad funcional, el funcionario director ni siquiera tuviera derecho a entregar desempeños materiales o jurídicos al personal subalterno o auxiliar, y a confiar en que ellos realizarán la tarea con el mismo criterio de delicadeza y probidad. Pero, se insiste en que el principio de confianza no otorga derechos sobre los demás, simplemente obedece a una regla de la experiencia que razonablemente rige la interacción humana, motivo por el cual sólo el cumplimiento del individuo en lo que le obliga y es su aporte al trabajo mancomunado, la habilitaría para confiar y no verse afectado por la malicia o despreocupación de los demás partícipes".

2.3.2. *EL RESULTADO FINAL: LA PÉRDIDA, EXTRAVÍO O DAÑO DE LOS BIENES.*

Tal como quedó ello consignado en párrafos precedentes, no se sanciona aquí, como en ninguno de los tipos penales que admiten la forma culposa de culpabilidad, "la culpa en abstracto", sino la culpa, en este caso del servidor público, que

---

[224] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 198.

origina o da lugar a la pérdida, extravío o daño del bien, que real o funcionalmente, es de la Administración, siendo indispensable, entonces, la causación de este específico resultado en el mundo fenoménico, para que pueda proceder a deducirse la patentización de una conducta típica: En otras palabras, que no basta con que el servidor público haya desplegado una conducta falta de diligencia y cuidado en relación con esos bienes, sino que es menester que ellos, los bienes, efectivamente hayan sufrido mengua o deterioro, total o parcial.

Esto nos lleva, entonces, a analizar lo que se entiende por todos y cada uno de esos vocablos, partiendo del supuesto de que las tres manifestaciones en que puede concretarse la conducta delictiva, comportan desmedro patrimonial o económico, así como trastorno de la función: la pérdida, porque el bien deja de integrar al patrimonio de su legítimo propietario; el extravío, aún en el caso de que sea temporal, porque resta la posibilidad, así sea transitoria, de acceso y, consecuencialmente, de utilización del bien; y el daño, porque disminuye el valor del objeto, real o potencialmente, en la medida en que eventualmente afecta o elimina su utilidad funcional[225]. Lo que no deja de aparecer como improcedente, entonces, es que el Legislador haya equiparado punitivamente, resultados fácticos de muy distinta significación, cuya lesividad desde los puntos de vista administrativo o económico no es ciertamente la misma, en la medida en que suponen o comportan un grado diverso de culpabilidad: En efecto, el simple extravío, especialmente si es de características temporales, y el daño leve, no tienen, no pueden tener, el mismo significado de la pérdida total y definitiva.

2.3.2.1. EXTRAVIAR, dice GÓMEZ MÉNDEZ[226], supone la desaparición del bien, sin posibilidad de recuperación: Evidentemente, partiendo del supuesto de que la transitoriedad del hecho no impide la supresión del ilícito, debe precisarse que no sería, no comportaría extravío la mera permanencia olvidada del objeto en algún sitio, escenario habitual de las labores administrativas[227].

2.3.2.2. PERDER, anota el mismo GÓMEZ MÉNDEZ[228], implica, entre otros, la desaparición del bien por destrucción (como sería en el caso de incendio), mutación de su naturaleza, o, incluso, por la apropiación de un tercero, pudiendo llegar a decirse, en algunas hipótesis, que puede comportar el extravío: Un bien está perdido cuando está extraviado; pero no siempre que un bien está extraviado, está perdido.

Dicho en otros términos, la pérdida de un bien puede darse tanto por extravío como por desaparición, entendiendo que esta última "se acredita después de realizada una búsqueda exhaustiva de acuerdo con las circunstancias de cada caso, pero debe entenderse consumado el delito no desde la terminación de esta, sino desde

---

[225] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 186.

[226] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 62.

[227] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 197.

[228] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 62.

que dejó de ser posible el acceso al bien, porque las pesquisas no hacen sino confirmar un hecho ya sucedido, lo cual debe tenerse en cuenta, además, para el inicio del cómputo prescriptivo"[229].

2.3.2.3. El DAÑO, finalmente, es "cualquier alteración que afecta en forma considerable la sustancia o valor económico del bien"[230], si bien FRANCO[231] postula que "el término daño no ha de tomarse en sentido literal y absoluto como cualquier detrimento o menoscabo del bien, porque, según lo hemos dicho tantas veces, debe considerarse el deterioro inherente al uso, por una parte, y el principio de la antijuridicidad material y su incompatibilidad con formas inocuas, por la otra".

2.3.3. *EL NEXO CAUSAL ENTRE CULPA Y RESULTADO.*

El último de los elementos configurantes de esta forma delictual, es el que dice referencia al hecho de que entre el obrar culposo del agente delictual, y la causación del resultado material propio de la conducta, debe mediar, necesariamente, un nexo causal, esto es, que entre uno y otro elemento debe existir una relación de causa a efecto, en ausencia de la cual habrá de estarse a la declaratoria de atípica de la conducta.

En efecto, desde el momento mismo en que el artículo 21 del Código Penal establece la necesidad absoluta de que entre la acción (u omisión) del agente delictual, y el resultado dañoso, medie un nexo causal, en orden a la punibilidad de tal conducta, podemos predicar que tiene que mediar, fatal y necesariamente, tal vinculación entre uno y otro extremo de la proposición, so pena de que la conducta no sea punible. Pero como si lo anterior fuera poco, la redacción misma del artículo 137 del Código Penal que venimos examinando confirma tal tesis, cuando señala que se sanciona al servidor público que, en relación con los bienes real o funcionalmente del Estado, "por culpa dé lugar" a que ellos se pierdan, extravíen o dañen, lo que quiere decir, ni más ni menos, que entre el obrar culposo y el resultado final, debe mediar un infaltable nexo causal: Y cuando la ley dice "dé lugar", ello equivale a decir "dar ocasión", esto es, a crear las condiciones que hagan factible el extravío o pérdida de los pluricitados bienes[232]. De este modo, dice FRANCO[233], si coinciden conducta negligente o imprudente del empleado, y pérdida, extravío o daño del bien, pero sin vínculo que los una, no surge el peculado culposo, siendo esa, exactamente, la tesis que nos permitía resolver, como dimos en hacerlo anteriormente, la situación que se planteaba cuando la pérdida

---

[229] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 191.

[230] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 63.

[231] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 197.

[232] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 42.

[233] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 182.

del bien se derivaba de un obrar doloso de un tercero, más que del actuar culposo del servidor público.

Ahora bien, la misma expresión "dé lugar" que utiliza el Legislador en el artículo 137 del Código Penal, da a entender que primero debe ser el comportamiento culposo del servidor, y después el resultado final de pérdida, extravío o deterioro del bien, por lo que no bastaría, entonces, con que haya nexo entre esos dos extremos, sino que debe haber, también, un orden de precedencia en cuanto a su aparición en el mundo fenoménico: Primero, la culpa; después, el resultado final dañoso para el bien.

A la misma conclusión, si bien con una pequeña diferencia en su fundamentación, llegó la Corte Suprema de Justicia, en el aquí varias veces citado proveído de Septiembre 16 de 1997 proferido con ponencia del Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, cuando dijo:

> "4.3. La relación de determinación. No es suficiente, a los fines del establecimiento del delito de peculado culposo y la responsabilidad de la acusada, hacer los reparos de negligencia antes expuestos, porque es necesario demostrar el nexo de causalidad decidido entre la violación del deber de cuidado, y el resultado dañino; es preciso dejar sentado que dicha violación fue la determinante del evento.
> La relación de causalidad como nexo de determinación no es una exigencia caprichosa de la doctrina, por el contrario, se apuntala en la propia redacción del tipo legal de peculado por culpa (art. 137). En efecto, describe este precepto que incurre en el delito aquel servidor público que "por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen" los bienes que administra o custodia. La preposición "por", de acuerdo con el Diccionario de Uso del Español de María Moliner, expresa el sentido de causa cuando se utiliza con un nombre, un adjetivo o un verbo en infinitivo. La misma preposición se inserta en la definición general de culpa que hace el art. 37, lo cual significa rotundamente que el extravío, la pérdida o el daño del bien deben sobrevenir a causa de la culpa del agente. Esta exigencia racional de la ley y la doctrina, por lo demás, impide la sanción de conductas por ser meramente disvaliosas, pues el desvalor de resultado no dependería en tal caso de ellas sino de otras causas determinantes (versari in re illicita)".

3. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

Siendo evidente que la norma en comento no exige de mayores análisis respecto de sus elementos específicos, como que ella no comporta elementos subjetivos, encierra tan sólo uno de carácter descriptivo ("por culpa dé lugar a"), y varios de carácter normativo (servidor público, los bienes real o funcionalmente de la administración, la culpa, el nexo causal y el resultado final exigido), todos los cuales fueron ya analizados, resta por examinar, tan sólo, dos puntos, en relación con el mismo:

3.1. El primero, si admite él la forma imperfecta de la tentativa, a lo que habremos de responder de manera negativa, como se hace de manera general para los delitos culposos, habida cuenta que la tentativa parte del supuesto de la iniciación dolosa en la ejecución del hecho punible, lo cual descarta, de entrada, la posibilidad de tentativa en el obrar culposo (que excluye, como es obvio, la intencionalidad);

3.2. Y el segundo, si es o no posible predicar el concurso o participación de personas en esta forma delictual, a lo que, en principio, habremos de responder de manera negativa, igualmente, siempre que no pareciera ser viable, respecto de un actuar culposo, la participación de personas en el delito, habida cuenta que este instituto penal parte del mismo supuesto que la tentativa, esto es, de la intencionalidad (lo que está precisamente excluido en el obrar culposo).

Y decimos que ello es así, sólo en principio, ya que consideramos que tal debe ser la solución cuando se trate del caso en que varias personas, que se encuentran en diferentes planos en relación con la administración y/o custodia de los multicitados bienes, por culpa, dan lugar a su pérdida, extravío o deterioro: Solución diferente, a nuestro modo de ver, debe predicarse si se actúa en un mismo plano, esto es, en un mismo nivel por parte de varias personas, en relación con unos mismos bienes.

De esta guisa, es claro que no podrá predicarse participación delictual en el peculado culposo, cuando se esté en presencia del obrar de un "extraneus" de manera conjunta con un "intraneus", como que, ciertamente, no podría allí hablarse de la participación en el delito culposo. E igual sucedería con el caso de dos (o más) "intraneus" que observan diferentes posiciones y/o relaciones con respecto al bien, cual sería el caso de personas que guardasen, entre sí, distinto nivel de jerarquía como que, en definitiva, el peculado culposo que se materializara frente a uno de los bienes administrados y/o custodiados, habría de serle imputado a uno sólo de ellos. Empero, creemos que no puede darse la misma solución, cuando diversas personas observan, al mismo tiempo, idéntica relación con un mismo bien, las que, con su actuar culposo podrían dar lugar a que el bien se perdiese, extraviase o deteriorase. Tal, por ejemplo, podría ser el caso de los miembros de una junta directiva de una entidad oficial que, al haber patentizado una infracción al deber de cuidado que les competía, por ejemplo por no haber elevado las respectivas consultas a los departamentos técnicos o jurídicos pertinentes, determinasen la pérdida, extravío o deterioro del bien, configurando así un obrar culposo: En ese caso, pensamos, sí podría hablarse de una coautoría en un delito culposo, por referencia específica a la variante de peculado que contempla el artículo 137 del Código Penal, si bien por vía de excepción, bajo el entendido de que la coincidencia de las voluntades de ese número plural de personas debe estar orientada a la infracción al deber de cuidado y, por ende, al actuar culposo concebido en abstracto, y no a la causación del resultado dañoso específico.

Como se ve, con esta tesis no hacemos más que acoger los planteamientos de SALAZAR MARÍN[234], quien explicando la posibilidad de cooperación delictual en la culpa, propone:

> "La afirmación no puede ser que el cómplice sepa que aporta al ilícito doloso ajeno, porque entonces viene tras de sí la idea de que no puede haber complicidad en el hecho culposo de otro, sino que debe hablarse de la cooperación de un injusto de otro, doloso o culposo, pues la injusticia del delito culposo radica en la realización voluntaria de la imprudencia, en tanto esta ocasione un daño. En otros términos: Injusta es la acción e injusto es el resultado, pero en la culpa la comunidad de ánimo que caracteriza la contribución criminal radica en la común ejecución de la conducta imprudente, en tanto los sujetos la llevan a cabo consciente y voluntariamente y columbran la posibilidad de ocasionar el daño al derecho. Pero el grado y eficacia de la imprudencia no deben ser desconocidos, a fin de no dar pie a tratamientos injustos".

4. EL ALCANCE DEL PECULADO CULPOSO DEL ARTÍCULO 137 DEL C.P..

Al comenzar la revisión de este tipo penal, recordábamos que nuestro sistema penal trata la forma culpable de la culpa, de dos maneras: Primero, como fuente u origen de responsabilidad penal, en los eventos expresa y taxativamente contemplados como tales, en la parte especial del Código Penal, en seguimiento de lo dispuesto en el artículo 39 ejusdem; y, segundo, ligada al tratamiento jurídico del error, en los términos indicados en los numerales 3o. y 4o. del artículo 40 del Código Penal, vale decir, tanto como originante de una causal de inculpabilidad (con aplicación general), como de responsabilidad atenuada (cuando el hecho admita o presente la forma culposa).

Siendo así las cosas, y en atención al hecho de que el inciso final del artículo 40 del Código Penal prescribe que "si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo", la pregunta sería: Deberá entenderse que el del artículo 137 es un tipo penal culposo, respecto de todas las demás formas de Peculado (a saber, por apropiación, por uso, por aplicación oficial diferente y por error ajeno); o lo será, tan sólo, respecto de algunas, y concretamente, respecto de aquellas formas de peculado que reporten como resultado externo, la pérdida, el extravío o el daño de los bienes de la Administración?

Dicho de otra manera: Será posible predicar, siempre que medie un obrar culposo de parte del agente delictual, que estamos en presencia de un peculado culposo, cuando la intención del agente era la de apropiarse del bien, usarlo indebidamente o aplicarlo de manera diferente a la oficialmente asignada? Realmente nosotros creemos que no, porque ello significaría, como mínimo, encuadrar típica-

---

[234] Salazar Marín, Mario. *Autor y Partícipe en el Injusto Penal.* Editorial Temis. Bogotá. 1992. Pág. 151.

mente la conducta del agente, dentro de unos moldes para él mucho más benignos, en atención a la sanción para cada uno de esos tipos penales establecidos; a más de que ello resultaría contrario a la intencionalidad de ánimo que presidía el actuar del agente, habida cuenta que las otras cuatro formas de peculado (esto es, las contenidas en los artículos 133, 134, 135 y 136), parten del supuesto de la intencionalidad dañosa del sujeto activo, lo que reñiría con la forma culposa de la culpabilidad.

En este orden de ideas, sólo podremos decir que podrán llegar a convertirse en fundamento de un peculado culposo, aquellas formas de peculado (por apropiación, por uso, por aplicación oficial diferente y por error ajeno), a las cuales se haya llegado por la mediación de UN ERROR del sujeto activo del delito; error al que, por lo demás, debió haberse llegado de manera culposa. Por ello, entonces, colegiremos que el del artículo 137, no es un tipo penal culposo respecto de las otras cuatro formas de peculado, sino tan sólo de algunas de ellas, como más adelante se verá, a condición, en todo caso, de que a ellas se haya llegado por la mediación de un error.

Establecido, entonces, que el primer requisito para que, por vía subsidiaria, esto es, indirecta y residual, fundamentada en el inciso final del artículo 40 del Código Penal, se llegue a la configuración de un peculado culposo, es el de que haya mediado un error en el agente delictual, el mismo que encuentra como origen una culpa, habrá de decirse que no todas las formas de peculado resisten este análisis, no sólo teniendo en cuenta la estructura misma del tipo penal contenido en el artículo 137 del Código Penal, sino el resultado dañoso expreso que el mismo exige:

Cuanto a lo primero, porque si para que, por vía indirecta, esto es, con fundamento en lo dispuesto en el inciso final del artículo 40 del Código Penal, se llegue a la estructuración de un peculado culposo, es menester que opere un error culposo respecto del agente delictual, no sería lógico, por decir lo menos, que por tal vía pudiera llegar a predicarse la existencia de un peculado por error, que tuviese como fundamento el error culposo del sujeto activo, para poderlo desviar hacia un peculado culposo: Si el peculado por error supone un error, pero en la víctima, poco menos que inconsecuente sería esperar otro error, pero esta vez referido al victimario, al cual adicionar la fuente culposa, para poderlo así encuadrar como un peculado culposo, con fundamento en lo previsto en el inciso final del artículo 40 del Código Penal, siendo lo cual descartamos nosotros la posibilidad de que el peculado culposo pueda servir de tipo subsidiario del peculado por error ajeno, en los términos del pluricitado inciso final del artículo 40 del Código Penal.

Pero si como todo lo anterior fuera poco, tiénese que las formas restantes de peculado no siempre pueden llegar a dar origen a un peculado culposo por la vía del inciso final del artículo 40 del Código Penal, sino tan sólo cuando ellas reporten como resultado final, la pérdida, el extravío o el daño del respectivo bien, pues que en caso contrario, como es lógico inferir, habrá de estarse a la deducción de

un juicio de atipicidad para la conducta: En otros términos, que si el error culposo del agente, que determina la realización de una forma cualquiera de peculado, no se traduce en que el bien se pierda, extravíe o dañe, no podrá decirse que estaremos en presencia de un peculado culposo, en atención a la atipicidad de la conducta, reafirmándose así nuestra tesis de que el del artículo 137 no es un tipo culposo subsidiario para todas las demás formas de peculado, vía inciso final del artículo 40 del Código Penal, como que el mismo se encuentra referido, únicamente, a aquellas formas de peculado que, teniendo como base un error culposo del agente, se manifiesten en una pérdida, extravío o deterioro del bien.

En síntesis, puede predicarse, en relación con la figura del peculado culposo, lo siguiente:

4.1. Que es un tipo penal especial en relación con el peculado por apropiación contenido en el actual artículo133 del Código Penal, en la medida en que cuando el servidor público se apropia del bien, la administración pública, correlativamente, lo pierde.

4.2. Que en relación con el peculado por uso del artículo 134 lo será, dependiendo de si el uso indebido comporta o no la causación de un daño para el bien (más que para la administración).

4.3. Que, definitivamente, no es tipo penal especial en relación con el peculado por error ajeno de que trata el artículo 135 del Código Penal, porque quien pierde allí el bien es el particular y no la administración.

4.4. Finalmente, con respecto al peculado por aplicación oficial diferente, depende -para que pueda predicarse su calidad de tipo penal especial- de que con la aplicación oficial diferente se cause o no perjuicio y/o daño para la administración (lo que en principio parece difícil).

CAPÍTULO SÉPTIMO

PECULADO POR EXTENSIÓN.

En razón de las modificaciones que le fuesen introducidas por el artículo 20 de la Ley 190 de 1995, el artículo 138 del Código Penal observa el siguiente tenor literal:

> "ART. 138. PECULADO POR EXTENSIÓN.- También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualesquiera de las conductas en ellos descritas sobre bienes:
> 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 éste.
> 2. Que recaude, administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales".

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Indiscutiblemente, el antecedente inmediato de la figura del peculado por extensión que actualmente contempla el artículo 138 del Código Penal, se encuentra en el artículo 155 del Código Penal de 1936 y éste, a su vez, los encontraba en el artículo 399 del Código Penal español.

1.1. EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO DE 1936.

Sobre lo primero, cabría recordar que el Código Penal colombiano de 1936, al regular en el Capítulo Primero del Título III del Libro Segundo (Parte Especial), lo relativo al Peculado -en las que se contemplaban, básicamente, las mismas formas de peculado que han sido por nosotros hasta ahora examinadas dentro de la presente obra- contemplaba en su artículo 155 la siguiente reglamentación:

> "Art. 155.- 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 de beneficencia".

Y sobre lo segundo, bien puede decirse que todo parece indicar, según coincide en señalar un amplio sector doctrinal[235], que, a su turno, ese artículo del Código

---

[235] Así:
- Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 45
- Franco, Uriel. *Op. Cit.* Págs. 201-203.

Penal de 1936, y con él, el artículo 138 del Código Penal actual (incluso considerando las modificaciones al mismo introducidas en la ley 190 de 1995), encuentra sus raíces en el Código Penal español, que en su artículo 399 dispone:

> "Las disposiciones de este capítulo son extensivas a los que se hallaren encargados, por cualquier concepto, de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales, o pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia, y a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares".

Como se ve, a diferencia del artículo 138 del Código Penal actualmente vigente en Colombia, el texto del artículo 399 del Código Penal Español hace destinatarios del peculado por extensión, "al tutor, curador, albacea, mandatario, depositario judicial, etc."[236]: Y, digámoslo de una vez, el Código Penal colombiano no incluye como eventuales sujetos activos del peculado por extensión a estas personas, por la sencilla razón de que, a partir de lo normado en el artículo 63, modificado por el artículo 18 de la ley 190 de 1995, que indica lo que se entiende en nuestro medio jurídico por servidor público, estas personas se convierten, automáticamente, en eventuales sujetos activos de las formas propias de peculado.

Ahora bien, desde otra perspectiva, debe tenerse presente los comentarios de SOLER[237], en relación con algunos apartados de tal disposición contenida en el Código Penal español, de amplio recibo en nuestro medio:

> "En la legislación española esta ampliación se refiere a bienes provinciales, municipales o pertenecientes a establecimientos de instrucción o beneficencia; pero esa ampliación responde a principios distintos con respecto a la definición de los alcances del concepto de funcionario público. De ello deriva una gran diferencia en los resultados. Mientras en España se entiende que solamente están comprendidos los establecimientos de enseñanza y beneficencia de carácter público, entre nosotros es forzoso considerar comprendidos los establecimientos privados, pues si se tratara de establecimientos públicos, el hecho sería peculado propio y no por equiparación".

Contando, entonces, con tales observaciones, debe señalarse que esta figura del peculado impropio o peculado por extensión, recibió acogimiento en nuestra legislación nacional, en el ya transcrito artículo 155 del Código Penal de 1936.

Pero, cabría preguntar, cuáles fueron las consideraciones que se tuvieron en cuenta, en el seno de la comisión redactora del Código Penal de 1936, para acoger tal disposición? Según recuerda BERNAL PINZÓN[238], esas consideraciones no fueron otras que las expuestas por parte del Dr. ESCALLÓN:

---

[236] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 48.

[237] Según cita textual de Franco, Uriel: *Op. Cit.* Pág. 201.

[238] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 45-46.

> "Dice el doctor ESCALLÓN, para sustentar esta fórmula, que estima oportuno equiparar los establecimientos de instrucción o de 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. Es preciso establecer una sanción especial y explícita tendiente a reprimir los abusos que se cometen con frecuencia por parte de los síndicos de comunidades y por distintas personas que, invocando la caridad de los ciudadanos, recolectan fondos que luego no son destinados a la beneficencia. Hay también muchas sociedades que reciben subvenciones de las entidades públicas y luego, por falta de control, le dan usos indebidos a tales subvenciones. Con el artículo propuesto se trata de establecer esa vigilancia por parte del Estado para proteger de modo eficaz a las mismas instituciones y para enterarse del fin que corren las subvenciones oficiales y las donaciones de los particulares. El que cometa un delito en el manejo de los dineros de esas instituciones se equiparará, para los fines allí previstos, a funcionarios públicos".

Pese a que el Dr. PARMENIO CÁRDENAS, en el seno de esa misma comisión redactora, manifestó su opinión en contrario, en relación con la adopción de tal disposición, argumentando "que en este caso" se trata de bienes o fondos privados, y que no existe en su concepto razón valedera para que se les dé ese tratamiento de excepción"[239], señalando que, por tal vía, debería entonces establecerse también una protección especial de los dineros de los particulares depositados en bancos, cajas de ahorro, etc.[240], todo parece indicar que su voz fue minoritaria, en la medida en que la fórmula del Dr. ESCALLÓN fue la finalmente acogida por la comisión.

1.2. EL TEXTO ORIGINAL DEL CÓDIGO PENAL DE 1980.

En el texto original del Código Penal de 1980, el peculado por extensión aparece ya consagrado en el artículo 138, que observaba el siguiente tenor literal:

> "ART. 138. PECULADO POR EXTENSIÓN.- También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas sobre:
> 1. 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 éste.
> 2. Bienes que recaude, administre o tenga bajo su custodia, pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia o a juntas de acción comunal o de defensa civil".

Como fácilmente puede inferirse, el radio de acción se amplió notoria, y no siempre favorablemente, desde la reglamentación contenida en el Código Penal de

---

[239] Según cita de Bernal Pinzón, Jesús: *Op. Cit.* Pág. 46.

[240] Según cita de Franco, Uriel: *Op. Cit.* Pág. 202.

1936, a la que se contemplaba para el año de 1980, como que ya no se hacía referencia, solamente, a los dineros de las entidades de instrucción o beneficencia, sino a muchas otras entidades más (englobando, en el ordinal segundo de la figura, hasta instituciones tales como las juntas de acción comunal y la defensa civil) y, todavía más allá, a los bienes de empresas o instituciones de dos clases: o bien aquellas en que el Estado tuviera la mayor parte; o bien aquellas en que se hubiesen recibido tales dineros, de parte del Estado, a título de auxilio o aporte de este, con lo cual, como es fácil comprender, el campo de acción de este tipo penal superó, con creces, lo que se pretendía del mismo no sólo en el Código Penal colombiano de 1936 sino, también, en su homólogo español.

Pero como si ello no fuera suficiente, esto es, como si ya para el año de 1980 no se hubieran desbordado ya los alcances y contenidos del peculado por extensión, las modificaciones a tal tipo penal introducidas por el artículo 20 de la Ley 190 de 1995, terminan por desfigurar, por completo, lo que por tal debía y pretendía entenderse: En efecto, si bien es cierto que la primera reforma que al peculado por extensión introduce el artículo 20 de la Ley 190 de 1995, en relación con el texto original previsto en el artículo 138 del Código Penal de 1980, resulta ser puramente lingüística y accidental -como que en vez de "cualquiera" se habla de "cualesquiera" conducta-; que la segunda reforma es de índole metodológica, como que en vez de hablar en cada numeral de los bienes sobre los que puede recaer la conducta, ello se ha hecho dentro del enunciado general (lo que, por cierto, no constituye ninguna modificación de fondo); que la tercera variación alude a la eliminación de las referencias a los "auxilios" del Estado, a nivel del ordinal primero, atendiendo, sin duda, al hecho de que tales auxilios han desaparecido del panorama constitucional, en atención a lo dispuesto en el artículo 355 de la Carta Fundamental; es lo cierto que, en cuarto lugar, y con respecto al contenido del ordinal segundo, se ha variado ostensiblemente la enunciación de las personas jurídicas a las cuales deben pertenecer esos bienes sobre los cuales despliega la conducta peculadora ese particular.

En efecto, y como puede inferirse al cotejar el contenido normativo del ordinal 2o del artículo 138 del Código Penal, antes y después de la reforma al mismo introducidas por el artículo 20 de la ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), de la enunciación funcional que se contemplaba en el texto original del Código (en la cual se pretendía proteger "las entidades de utilidad común dedicadas a la educación, o a la beneficencia, o a las juntas de acción comunal o de defensa civil"), se ha pasado a una enunciación mucho más casuística (y criticable, desde el punto de vista eminentemente técnico-dogmático), que, al menos aparentemente, amplía el radio de destinatarios, en tanto protegidos, de la norma, como que ya se habla de asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales.

Ciertamente, y como habrá ello de demostrarse más adelante, no parece ser esta fórmula ni la más adecuada ni la más acertada, no sólo porque desdibuja lo que es o lo que en la doctrina se entiende (o ha entendido) por peculado por exten-

sión, sino que, lo que es más, porque con una tal reglamentación, como la ahora vigente en nuestro medio, se está desbordando el marco de protección propio del peculado, invadiendo terrenos propios de la protección conferida por otros tipos penales, como son, por ejemplo, los que aluden a la tutela del patrimonio económico.

2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

2.1. CARACTERIZACIÓN.

Es precisamente este tipo penal el que nos permite señalar que, en materia de peculado, la legislación nacional permite diferenciar entre las formas "propias" y las formas "impropias", entendiendo por las primeras, las patentizadas por un servidor público en relación con una cualquiera de las cinco variantes comportamentales anteriormente revisadas, a tiempo que, por las segundas, aquellas que patentiza un particular, en relación con el artículo en comento: De allí, igualmente, que podamos decir que es esta una de aquellas contadas excepciones, en las cuales puede decirse que un particular puede llegar a ser sujeto activo de un delito contra la Administración Pública.

2.2. ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

Fieles al método expositivo que nos hemos impuesto, a continuación procederemos a revisar, en relación con esta disposición, la temática correspondiente a los sujetos, los objetos y la conducta:

2.2.1. *LOS SUJETOS.*

2.2.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Conforme a la redacción actual de la figura, habrá de decirse que sujeto activo de la misma lo es exclusivamente un particular, toda vez que si, en sentido diverso, la conducta allí prevista es materializada por un servidor público, indudablemente se configuraría el peculado propio, en cualquiera de las modalidades examinadas en precedencia[241].

Empero, precisando un poco el concepto, debemos decir que es lo cierto que no cualquier persona, no cualquier particular puede llegar a ser sujeto activo de esta figura delictual, como que sólo podrá llegar a serlo aquella persona que ostente la condición de "sujeto activo circunstancialmente calificado", esto es, que tratándose como se trata de un particular, se encuentre él encargado de recaudar, administrar o custodiar una de tres clases de bienes: O aquellos que pertenecen a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte; o aquellos que

[241] En similar sentido se pronunciaba **Gómez Méndez** (*Op. Cit.* Pág. 66), tomando como referencia el contenido normativo de la disposición en comento, antes de las modificaciones introducidas por el Estatuto Anticorrupción.

pertenecen a empresas o instituciones que los han recibido del Estado, a cualquier título; o aquellos que pertenecen a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales[242].

Siendo ello así, como en verdad se tiene que lo es, una doble crítica podría formularse a esta disposición, señalando lo siguiente: De una parte, como habrá ello de ser puntualizado más adelante, que si lo que se protege en este Título del Código Penal es la Administración Pública, no se ve claro, entonces, el por qué se lleva la tutela propia del peculado por extensión, hacia la defensa y salvaguardia de intereses puramente particulares; y, de la otra, que, en la medida en que el particular no tiene para con la administración pública el mismo deber de fidelidad que para con la misma debe observar el servidor público, resulta injusto, por decir lo menos, aplicarle a aquél, bajo la forma de un peculado impropio, las mismas penas que se le aplican a este, dentro de las formas propias de peculado propio[243].

2.2.1.2. *SUJETO PASIVO.*

No creemos nosotros que, en punto a la determinación de quién pueda ser, o en definitiva sea, el sujeto pasivo de esta forma "impropia" de peculado, pueda resolverse el asunto a la manera en que lo hace GÓMEZ MÉNDEZ[244] al señalar:

> "El sujeto pasivo es el Estado, por cuanto por "extensión" se considera que con las conductas aquí descritas se afecta el bien jurídico de la administración pública del cual es titular".

No creemos que el tema deba o pueda ser resuelto de esa manera, no sólo porque por tal vía se desconoce el objeto jurídico de esta disposición, sino también, lo que es más significativo aún, porque de tal manera se olvida que es este uno de esos tipos penales que la doctrina denomina pluriofensivos, en la medida en que con su realización se afectan, real o potencialmente, varios bienes jurídicos: Cierto es, entonces, que con la acriminación de estas conductas el legislador ha pretendido salvaguardar la eficacia y, aún, el buen nombre de la Administración; pero ello no significa que, de esa guisa, debamos o podamos nosotros olvidar que, al fin de cuentas, lo que está protegiendo esta norma son los bienes, esto es, bienes que siendo de particulares, alcanzan cotas de importancia y trascendencia para los fines funcionales de la misma Administración.

Como si lo anterior fuera poco, si examinamos el texto específico del artículo 138 del Código Penal (con las modificaciones al mismo introducidas por el artículo

---

[242] Opinión del mismo corte es presentada por Franco (*Op. Cit.* Págs. 207-208), en relación con el Peculado por Extensión, antes de la introducción de las modificaciones pertinentes, contenidas en el artículo 20 de la Ley 190 de 1995.

[243] A este respecto, Gómez Méndez (*Op. Cit.* Pág. 66), en relación con el texto original del artículo 138 del Código Penal, se pronunciaba diciendo: "...el particular no tiene con la administración el mismo "deber de fidelidad" del empleado oficial, y por ello resulta injusto aplicarle a aquél las penas previstas para las formas propias de peculado".

[244] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 66.

20 de la ley 190 de 1995), podremos arribar a conclusiones como las del siguiente tenor, las cuales vienen a reafirmar nuestra tesis de que, a más del Estado, como titular que es de la Administración Pública, pueden ser sujeto pasivo de esta forma comportamental acriminada en la ley, los particulares: Es claro, con sujeción a lo expuesto, que cuando se trate de bienes "pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte", que el mismo Estado será el sujeto pasivo dilecto, en esta variante delictual; empero, por ese mismo camino, habrá de decirse que, cuando los bienes pertenecen a "asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales", la respuesta habrá de ser otra, como que allí se verá, claramente, que esas entidades, que a todas luces ostentan la calidad de particulares, serán, también, sujetos pasivos (a más de perjudicados, eventualmente), de la hipotética infracción a esta norma.

2.2.2. *LOS OBJETOS.*

2.2.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

Cuando se trata de analizar el objeto jurídico correspondiente a esta infracción, hemos de reconocer que, ciertamente, estamos en presencia de un problema bastante difícil de resolver, desde el momento mismo en que la generalidad de los autores nacionales[245] se muestran contrarios a la inclusión de este tipo penal, dentro del capítulo correspondiente al peculado: A partir de allí, esto es, de la idea generalmente aceptada a nivel doctrinal en Colombia, de que no tiene sentido ni razón de ser la inclusión de este comportamiento impropio de peculado dentro del Código Penal, bastante difícil resulta establecer qué es lo que ha querido proteger el Legislador, a través de la acriminación de este comportamiento, que es, en definitiva, lo que traduce el objeto jurídico.

Lo más delicado del asunto, es que si se revisa el texto de las actas correspondientes a los trabajos desplegados por las Comisiones Redactora de 1974 y Revisora de 1979, ninguna explicación o justificación en relación con la inclusión de esta disposición logrará encontrarse en las mismas, a no ser la tangencial alusión a la discusión académica presentada entre los Drs. ESCALLÓN y CÁRDENAS, en el seno de la Comisión Redactora del Código Penal de 1936, efectuada por el Dr. LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, según consta en el Acta No. 14, correspondiente a la sesión del día 9 de Mayo de 1979, en los siguientes términos:

> "...la comisión redactora del Código Penal vigente [se refería al Código Penal de 1936, aclaramos], también discutió el texto aprobado en ese tiempo, y hubo controversia entre el doctor ESCALLÓN y el doctor CÁRDENAS (el primero a favor y el segundo en contra) respecto a la referencia de "establecimiento de instrucción o beneficen-

[245] Así, se muestran contrarios a la inclusión de esta figura, en nuestro medio: Franco (págs. 199-207), Arenas (pág. 41) y Goméz Méndez (pág. 66).

cia". Para el doctor ESCALLÓN era fundamental hacer ese tipo de extensión, y para el doctor CÁRDENAS era excesivo porque, según él, los establecimientos dedicados a la instrucción eran en su mayoría particulares. Sin embargo, yo estoy de acuerdo con el doctor ESCALLÓN porque puso el dedo en la llaga, ya que es preciso establecer sanciones tendientes a reprimir los abusos que cometen con frecuencia los síndicos de comunidades y, también, muchas personas que, invocando la caridad de los ciudadanos, recolectan fondos destinados a la beneficencia o a la educación. Dichos estímulos económicos, por falta de control, en ocasiones son despilfarrados o pasan a engrosar las faltriqueras de bribones y manzanillos. Recuerdo cómo el doctor ESCALLÓN, para sustentar la fórmula adoptada en el Código Penal vigente, afirmaba la necesidad de equiparar los establecimientos de instrucción y beneficencia a instituciones de carácter público o, como dice la Ley 73 de 1978, instituciones de utilidad común, las cuales la misma ley definía como entidades que destinan un patrimonio a una determinada finalidad social, sin ánimo de lucro. Por consiguiente, señores comisionados, mi propuesta se refiere a incorporar en el texto del artículo de peculado por extensión los bienes de utilidad común"[246].

De esta guisa, podríamos inferir que el propósito del Legislador al acriminar esta conducta, y más que al acriminarla, al incluirla dentro del Capítulo correspondiente al peculado, no pareciera ser otro que, como dice ARENAS[247], el de "proteger especialmente los haberes de ciertas instituciones que, como las de educación o beneficencia, deben ser escrupulosamente respetados", en la medida, agregaríamos con FRANCO[248], que ellas "cumplen funciones supletorias a las estatales".

Ese eventual objeto jurídico es, precisamente, el que le permite a FRANCO[249] presentar unas agudas críticas a la consideración de tal conducta como delictual y, de manera especial, a su inclusión dentro del Capítulo correspondiente al Peculado, las cuales son por nosotros integralmente acogidas: Señalando que le parece inconveniente la calificación como peculado, de actos ejecutados por particulares respecto de bienes que, en términos generales, admiten ser calificados como particulares, FRANCO sustenta su posición en los siguientes argumentos:

- En primer término, en el hecho de que cada una de las figuras propias debe permanecer en su ámbito restringido, so pena de que la función retributiva y la prevención general, en tanto funciones de la pena, se disuelvan en una constante

---

[246] Franco, Uriel. Pág. 257.

[247] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 41.

[248] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 200.

[249] Ibídem, págs. 199 a 207.

indiferenciación que él llama "penológica", y que nosotros preferiríamos denominar "punitiva", al decir:

> "No es bueno que el tratamiento punitivo reservado a los empleados oficiales, quienes se hallan naturalmente sujetos a mayores responsabilidades por su investidura y representación, se extienda a los ciudadanos comunes.
> Cuando ello así ocurre, la ley puede perder efectividad y poder disuasorio, a tiempo que se convierte en muy probable causa de resoluciones inequitativas".

- En segundo lugar, porque, en su sentir, "ninguno de los comportamientos [previstos en la norma en examen] afecta o indirectamente a la administración pública, ni desde el punto de vista funcional, ni desde el económico", conclusión a la cual arriba, sobre la base de dos premisas fundamentales: La primera, que el capítulo del peculado, en cuanto tal, protege directamente la función pública y sólo secundariamente los bienes, y aún estos no por sí mismos o por su destinación, si no en virtud de su especial situación; y la segunda, que si de lo que se trataba era de acentuar el rigor de las penas, hubiera bastado con crear formas delictivas independientes o establecer modalidades agravadas de algunos ilícitos contra el patrimonio, en la medida en que "la protección de los bienes poseidos por entidades de interés comunitario no exige que se califiquen de peculado los comportamientos que los afecten, porque se pueden prever penas de igual o mayor gravedad sin acudir a este recurso artificioso", sin olvidar, en todo caso, "que la severidad de la pena es menos importante que su certeza".

- Y, finalmente, en tercera instancia, porque en su opinión, argumentar que las entidades en este artículo indicadas, "cumplen funciones supletorias de las estatales", para justificar la especial consideración punitiva de los atentados que en contra de sus peculios se patenticen, "nos parece poco convincente, porque mencionar las funciones del Estado sin concretarlas, es decir poca cosa ante la variedad y profusión de las que ejerce, y porque, en última instancia, la calificación contenida en la tesis depende de un previo juicio político con el cual se determina hasta dónde debe llegar la intervención del Estado, asunto impropio de las materias penales e injusto para el ciudadano, quien se hallaría en la permanente obligación de captar estos matices y gobernar su conducta de acuerdo con su cambiante fisonomía, desventaja que no se registra en las formas propias, porque los destinatarios del mandato saben que el empleado oficial actúa a nombre de la administración, cualquiera que sea el régimen político vigente".

Ahora bien, en la medida en que el artículo 138 del Código Penal encierra una norma incompleta, como que le faltan tanto el segmento preceptivo como la sanción, el intérprete encontrará en estos casos, fuera del problema normal de la subsunción del comportamiento, la necesidad de acudir a las normas de integración y efectuar un nuevo proceso dialéctico de adecuación, "con todo lo que hay de riesgoso en estos condicionamientos de segundo grado".

2.2.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

El objeto material en esta especial de peculado, está representado por los diversos bienes sobre los cuales puede recaer la conducta ejecutiva. Veamos:

2.2.2.2.1. *BIENES DE EMPRESAS O INSTITUCIONES EN QUE EL ESTADO TENGA LA MAYOR PARTE.*

Siguiendo en ello a GÓMEZ MÉNDEZ[250], diremos que esas Empresas en que el Estado "tiene la mayor parte" no son otras que las sociedades de economía mixta, como que tanto los establecimientos públicos como las empresas industriales y comerciales del Estado SON del Estado, y no es que este tenga en ellas la "mayor parte", de donde se infiere que, en el caso de estas dos últimas variantes de las entidades descentralizadas queda absolutamente descartada la posibilidad de que opere un peculado por extensión, como que en ellas siempre habrá de predicarse la materialización de formas propias de peculado.

Dos comentarios adicionales merece este apartado:

- En primer término, que, a diferencia de las formas propias de peculado, en que basta con que el Estado "tenga parte" en su capital, aquí se exige que el Estado tenga "la mayor parte", lo que quiere decir, en nuestro sentir, que basta con que se trate de una "mayor parte" proporcional, esto es, en relación con la proporción de los aportes de capital de los socios privados, no siendo necesario que se posea, por parte del Estado, una mayoría absoluta del capital social: Dicho en otros términos, que no es necesario, para que opere la figura del peculado por extensión, en esta primera hipótesis, con que el Estado tenga el 51% del capital social, bastando con que detente, tan sólo, el 34% del capital social, si los otros dos socios (de naturaleza jurídica privada, obviamente), por ejemplo, son detentadores, cada uno de ellos, por aparte, de un 33%.

Ello, en principio, resulta lógico, si se considera que lo que se está protegiendo aquí es el patrimonio de entidades que cumplen funciones supletorias a las del Estado, de las cuales éste no es el único titular (en cuyo caso operarían las formas propias de peculado, con lo cual se le da sentido al apartado de las mismas en que se exige que el Estado "tenga parte").

- Y, en segundo lugar, que en opinión de GÓMEZ MÉNDEZ[251], en este caso en particular "no tiene justificación alguna la extensión, ya que si del objeto material se trata, la acción cabe perfectamente dentro del peculado propio, y si se refiere al sujeto activo, todas las personas que laboren en las Sociedades de Economía Mixta, son trabajadores oficiales al tenor de lo dispuesto por el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, y como tal quedan comprendidas dentro de la genérica definición de "servidor público" del artículo 63 del Código Penal, como ya se

[250] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 66-67.

[251] Ibídem. págs. 66-67.

explicó", concluyendo que, "la extensión entonces por este aspecto, resultaba absolutamente innecesaria".

2.2.2.2.2. *BIENES DE EMPRESAS O INSTITUCIONES, RECIBIDOS DEL ESTADO, A CUALQUIER TÍTULO.*

Tomando como fundamento lo dispuesto en la parte final del ordinal primero del texto original del artículo 138 del Código Penal, podría recordarse cómo, anteriormente, la doctrina se afanaba por explicar en qué consistían los "bienes recibidos a título de auxilio o aporte" del Estado, así como la razón de ser de la acriminación de la conducta que en contra de los mismos atentaba, llegándose a explicar por parte de autores como el mismo GÓMEZ MÉNDEZ[252], que se justificaba la extensión de la consideración como Peculado a las eufemísticamente denominadas "partidas de fomento regional", en la medida en que esos bienes son públicos, entregados en ocasiones a particulares, con destinación específica, "como el nombramiento de profesores en un colegio privado, o la ampliación de las instalaciones de un ancianato"; entendiendo que, según ese mismo autor, se había dado el caso de congresistas que a través de entidades fantasmas habían canalizado parte de los auxilios, que luego iban a engrosar su propio patrimonio o el de sus allegados, concluyendo que, en situaciones como éstas, no se estaba frente a un caso de peculado por extensión, sino de peculado propio, para cuya comisión se había utilizado esta indirecta vía; siendo perfectamente posible configurar el peculado por extensión, en esta hipótesis, cuando el destinatario de los auxilios, sin concierto y sin conocimiento del respectivo congresista, se apropiaba del mismo.

Decimos que ello era así, anteriormente, desde el momento mismo en que el inciso primero del artículo 355 de la actual Constitución Nacional dio en suprimir, de manera absoluta y radical, los denominados auxilios oficiales, al prescribir:

> "Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado". (Subrayas fuera del texto).

Si ello es así, como en verdad se tiene que lo es, no puede menos que decirse que, al encontrarse actualmente pretermitida la posibilidad de que el Estado, por medio de una cualquiera de las ramas del poder público, decrete o conceda auxilios a entidades o personas de derecho privado, aparece como algo plenamente lógico y coherente el que el actual artículo 138 del Código Penal, en su ordinal primero, conforme a las modificaciones al mismo introducidas por el artículo 20 de la Ley 190 de 1995, haya suprimido toda referencia a los auxilios y prefiera hablar, expresamente, de que se trata de bienes recibidos a cualquier título, de parte del Estado, sea por aporte (como socio), o sea por colaboración (en los términos en que los autoriza el inciso segundo del mismo artículo 355 de la Constitución Nacional).

---

[252] Ibídem, pág. 67.

2.2.2.2.3. *BIENES PERTENECIENTES A ASOCIACIONES PROFESIONALES, CÍVICAS, SINDICALES, COMUNITARIAS, JUVENILES, BENÉFICAS O DE UTILIDAD COMÚN NO GUBERNAMENTALES.*

Como se recordará, fue el interés de proteger los bienes de las entidades de instrucción (educación) o de beneficencia, en razón de que se estimaba que la instrucción y la beneficencia eran servicios públicos, que en ocasiones eran prestados por los particulares, el que dio origen a la figura del peculado por extensión, no sólo a nivel del Código Penal colombiano de 1936, sino, también, a nivel de su homólogo español. Y allí, precisamente, encontrábamos nosotros el antecedente inmediato del texto del ordinal segundo del texto original del artículo 138 del Código Penal de 1980, en el cual se hacia alusión a los "bienes pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia, o a juntas de acción comunal o de defensa civil".

Tanto en esa época, como en la actual, resultaba -y resulta ahora- conducente establecer qué se entiende por instituciones de utilidad común, toda vez que en una y otra disposición (a saber, tanto en el texto original del artículo 138 del Código Penal, como en el texto modificatorio que introduce el artículo 20 de la ley 190 de 1995), se alude a ellas. Por ello, deviene en procedente remitirse al contenido normativo del artículo 5o. del Decreto 3130 de 1968, según el cual:

> "Son instituciones de utilidad común o fundaciones las personas jurídicas creadas por la iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores.
> Dichas instituciones, como personas jurídicas privadas que son, están sujetas a las reglas del derecho privado, y no están adscritas ni vinculadas a la Administración. La vigilancia e inspección que la Constitución autoriza, continuará ejerciéndose por el gobierno en los términos de la ley 93 de 1938, y demás disposiciones pertinentes".

Estando definido, entonces, lo que se entiende por "instituciones de utilidad común", debe resaltarse que, conforme a lo dispuesto en el numeral 26 del artículo 189 de la Constitución Nacional, es función y atribución del Presidente de la República, en tanto Suprema Autoridad Administrativa,

> "Ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores".

En aras, pues, de demarcar a cuales "instituciones de utilidad común" se refiere el artículo 138 del Código Penal (antes y después de la reforma introducida por la Ley 190 de 1995), podemos pregonar, en primer termino, que la citada disposición dice referencia a aquellas entidades, sin ánimo de lucro, destinadas a prestar servicios de interés social, que sean de iniciativa y creación particular. Y tal planteamiento encuentra como fundamento, de manera concreta, el contenido normativo del artículo 7o del mismo Decreto 3130 de 1968, según el cual:

> "Las fundaciones o instituciones de utilidad común existentes, creadas por la ley o con autorización de la misma, son establecimientos públicos que se sujetarán a las normas para estos previstas con las particularidades que contengan los actos de su creación". (Negrillas fuera del texto).

Lo anterior significa que no todas las "instituciones de utilidad común" se elevan a la categoría de eventuales sujetos pasivos del peculado por extensión, puesto que ello sólo opera en relación con las entidades de creación e iniciativa privada, particular, siempre que con relación a las de creación legal, habrá de decirse que al elevarse ellas a la categoría de establecimientos públicos, con respecto a las mismas las figuras típicas operantes, en su caso, serán las del peculado propio. Mas aún, tal planteamiento recibe pleno acogimiento en la parte final del ordinal segundo del artículo 20 de la Ley 190 de 1995 (modificatorio, como se sabe, del texto original del artículo 138 del Código Penal), que expresamente señala que esas entidades de utilidad común a las que se refiere la norma, no han de conjugar la calidad de gubernamentales.

Ahora bien, no basta con que esas instituciones de utilidad común sean de creación privada, para que se eleven a la categoría de potenciales sujetos pasivos de estas formas delictuales, como que, según la redacción actual de la norma en comento, es menester que ellas, a más de observar el carácter de asociaciones, se apliquen al cumplimiento y desarrollo de "actividades que por lo general corresponden al Estado"[253], a nivel de asistencia pública.

Ejemplo de una asociación profesional podría serlo un colegio de abogados o de odontólogos o de médicos. Ejemplo de una asociación cívica, podría serlo una junta de personas residentes en un barrio, encargadas del ornato y mantenimiento de un parque. Ejemplo de una asociación sindical, podría serlo tanto un sindicato, en cuanto tal, como una federación o confederación de los mismos, esto es, una asociación de primer, segundo o tercer grado en el ámbito sindical. Ejemplo de una asociación comunitaria, eventualmente, podría serlo una junta de acción comunal. Ejemplo de una asociación juvenil podría serlo un club deportivo, una banda de música, un grupo de niños exploradores, etc.. Ejemplo de una asociación benéfica podría serlo una agrupación de personas que se dedicasen a la creación, administración y/o mantenimiento de un hospital, clínica, orfanato, ancianato, etc.. Y, finalmente, dentro del amplio denominador de asociaciones de utilidad común no gubernamentales, podrían encuadrarse Organizaciones No Gubernamentales (O.N.G.) tales como la Cruz Roja o, incluso, la misma Defensa Civil.

Lo anteriormente expuesto nos lleva a formular una crítica y una precisión en relación con la figura en comento:

---

[253] Ibídem, pág. 68.

- La crítica apunta al hecho de que, como fácilmente puede colegirse, con una reglamentación como la actualmente vigente en nuestro medio en relación con el peculado por extensión, no solamente se ha desfigurado el sentido y propósito de este instituto, como que se aborda, por tal vía, la protección, en sede del peculado, de intereses pura y meramente privados (que mejor y más exactamente deberían tutelarse en el ámbito de los delitos contra el patrimonio económico), sino que, lo que es más, se pierde de vista lo que es y en lo que consiste el peculado, que alude a la protección de la Administración Pública, bien en sus bienes, bien en su funcionamiento (algo que, por cierto, no se está afectando aquí, ni real ni potencialmente).

- Pero la precisión, en atención a lo consignado en el párrafo que antecede, alude al hecho indubitable, propuesto por FRANCO[254], al observar que no todas las instituciones de utilidad común dedicadas a la educación se encuentran protegidas a través de este tipo penal, sino tan sólo aquellas creadas por los particulares sin ánimo de lucro, "de suerte, que, por ejemplo, los bienes de un colegio particular establecido como negocio no disfrutan del amparo de la disposición"[255].

Y es que, de no ser así, la figura del peculado por extensión, como se viene diciendo, conduciría a un pleno y absoluto desdibujamiento de la figura del hurto, en la medida en que toda apropiación materializada por uno de los directivos de una de estas entidades o asociaciones, en vez de estructurar un hurto -como debiera y tendría que ser- estaría estructurando un peculado, así sea por extensión (no debiéndose olvidar en ningún momento, por ejemplo, la diferencia punitiva que existe entre una y otra figura delictual).

Por ello, resulta interesante recordar que ya BERNAL PINZÓN[256], había presentado idéntico criterio, al consignar, comentar el Código Penal de 1936:

> "Es lógico que la norma del art. 155 no puede aplicarse a cualquier establecimiento de instrucción o beneficencia, entendiendo por tal también aquella clase de negocios que hoy se llaman clínicas, sanatorios, casas de reposo, y los colegios privados que eventualmente son verdaderos negocios, en donde quienes los explotan obtienen grandes ganancias que les permiten poner sucursales, como quien pone tiendas de grano o almacenes para ventas a plazos".

Sea de ello lo que fuere, no deja de aparecer como interesante el criterio expresado por GÓMEZ MÉNDEZ[257], en el sentido de que la extensión del peculado a estos bienes, no tiene justificación alguna, por cuanto en realidad en estos casos

---

[254] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 209.

[255] Ciertamente, este parecer no es acogido por Arenas (Op. Cit. Pág. 41), quien de manera harto diferente señala que: "De la protección especial que estamos analizando gozan los fondos y demás bienes pertenecientes a instituciones dedicadas a la educación, sin que ninguna se exceptúe".

[256] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 48.

[257] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 68.

por lo general se afecta es el patrimonio económico de los particulares: Si los dineros son recibidos a título de aporte o auxilio -debiéndose recordar aquí lo por nosotros al respecto anteriormente consignado-, se aplicaría el numeral 1o. del artículo anteriormente comentado, sin necesidad de una nueva extensión. Y aún en este caso, tratándose de bienes del Estado, se podría aplicar simplemente la circunstancia genérica de agravación prevista para los delitos contra el patrimonio económico en el numeral 2o. del artículo 372 del Código Penal.

Habrán de tenerse en cuenta, entonces, por parte del intérprete, los principios de lesividad y de culpabilidad, en orden a la correcta y adecuada ubicación típica de la conducta, si no se quiere incurrir en excesos y, consecuencialmente, en error.

2.2.3. *LA CONDUCTA.*

Tomando como presupuesto que el agente delictual debe contar con la tenencia de los bienes sobre los cuales habrá de desarrollar, ulteriormente, la conducta ejecutiva propia de esta infracción, porque los "administre o tenga bajo su custodia", en el caso del numeral primero del artículo 138 del Código Penal, o porque los "recaude, administre o tenga bajo su custodia", en la hipótesis del numeral segundo de esa misma norma, puede decirse que la conducta ejecutiva propia de esta infracción a la Ley Penal está contenida en el encabezado de la misma, que dispone:

> "También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas....". (Subrayas fuera del texto).

A partir de allí, consecuencialmente, podría pensarse que un particular, podría incurrir, "por extensión", en cualquiera de las formas propias de peculado, a saber, el de apropiación, el de uso, el por error ajeno, el de aplicación oficial diferente y, finalmente, el culposo. Con todo, hemos de preguntarnos aquí, sí será ese el alcance e inteligencia de la norma?

Como en el campo del Derecho Penal no se pueden forzar las cosas, y mucho menos deducir tipos penales[258], debe entenderse lo siguiente:

- En primer término, que, contrario a lo que pudiera pensarse en un primer momento, el tipo penal del peculado por extensión no es supletorio, en relación con los particulares (y mucho menos con los servidores públicos), de las formas propias de peculado: Dicho de otra manera, que no puede pensarse, por vía residual, que cuando la conducta del agente (particular o servidor), no encaje en una de las formas propias de peculado, podrá buscarse su adecuación a esta figura delictual, porque ello, sencillamente, no es cierto; y no lo es, siempre que no es tal la calidad o condición (de tipo penal supletorio) la que la dispensó el legislador;

[258] En el mismo sentido: Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 204.

como que, en verdad, de lo que se trata es de un tipo penal subordinado a las otras formas (esas sí propias) de peculado.

- Y, en segundo lugar, en algo que resulta íntimamente ligado con lo anterior, que, no obstante su aparente generalidad, el artículo 138 del Código Penal es aplicable solamente a las formas de peculado que lo admitan: Así, los peculados por apropiación, de uso (en la primera modalidad) y el culposo, no parecen ofrecer mucha dificultad en ese sentido. Pero, siguiendo en ello la doctrina mayoritaria[259], diremos que no pareciera factible que un particular incurriese, "por extensión", en un peculado por aplicación oficial diferente o en un peculado por error ajeno, o, finalmente, en un peculado por uso de trabajos oficiales:

Lo primero, dice FRANCO[260], teniendo en cuenta que la aplicación oficial de bienes, encuentra su carácter señalado en el origen, y en su finalidad, "fuera de que falta la investidura de representante a través del cual actúa el Estado". Lo segundo, anota GÓMEZ MÉNDEZ[261], teniendo en cuenta el hecho de que en esta modalidad delictual se sanciona al agente, "en la medida en que los bienes los ha recibido el empleado en razón de su investidura pública". Y lo tercero, por último, porque no se ve cómo podría utilizar un particular trabajos oficiales, para configurar un peculado por extensión, si el supuesto de tal forma propia de peculado es que el agente tenga tales trabajos a su disposición, por razón de sus funciones (que es, precisamente, del elemento que carecería el particular).

A partir de allí diremos, pues, que las conductas ejecutivas que, de manera alternativa, puede patentizar el agente delictual de la cara a la materialización de este tipo penal, son las siguientes:

2.2.3.1. Apropiarse en provecho suyo o de un tercero, de los bienes que representan el eventual objeto material de esta infracción (peculado por apropiación);

2.2.3.2. Hacer uso indebido de tales bienes, o permitir que otro los use (primera forma del peculado por uso);

2.2.3.3. Dar lugar, por culpa, a que los bienes se extravíen, pierdan o dañen (peculado culposo).

3. EVALUACIÓN GENERAL DEL TIPO.

Luego de practicada la revisión "micro" que de esta norma hemos efectuado, resta tan sólo por analizar su necesidad o conveniencia, en tanto tipo penal incluido dentro del Capítulo correspondiente al peculado. Dicho de otra manera, lo que habremos de examinar en este apartado, es si es menester o no, el que se incluya este tipo penal dentro del capítulo del Código Penal que venimos estudiando, en la

---

[259] Así: Franco, pág. 204; Gómez Méndez, pág. 66.

[260] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 204.

[261] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. [illegible].

medida en que para un tratadista de la talla de BERNAL PINZÓN[262], "si no existiera esta norma especial (recordando que él se refería a la del peculado por extensión que en su artículo 155 contemplaba el Código Penal de 1936), quedarían amparadas (estas conductas), por las disposiciones que se refieren a los delitos contra el patrimonio económico", en el entendido de que para el autor en cita, la "equiparación" al peculado, de estos comportamientos delictuales, se hacía más en atención a los bienes, en cuanto a su origen (privado) y su destinación (benéfica), que al sujeto activo de la infracción[263].

Frente a tal criterio, FRANCO[264] se pronuncia señalando, que ello no sería rigurosamente cierto, en la medida en que "varias de las conductas previstas en los arts. 133 y siguientes no serían punibles de no hallarse entre los delitos contra la administración pública, como sucede, por ejemplo, con el peculado culposo o el por aplicación oficial diferente", siendo ese un criterio que nosotros solamente podemos aceptar de manera parcial, habida cuenta que, según lo expuesto, consideramos que, ni aún en el momento actual, contando con la redacción que observa la norma, puede un particular llegar a convertirse, por vía de "extensión", en penalmente responsable de un peculado por aplicación oficial diferente: De esta guisa, el único sentido o razón de ser de esta reglamentación particular para este actuar delictual, con prescindencia de las reglamentaciones generales contempladas para los delitos contra el patrimonio económico, cuya aplicación se pierde aquí estaría dada para el evento culposo, que no podría ser sancionado ni a título de hurto, ni a título de daño en bien ajeno, por la potísima razón de que el Código Penal no contempla en la actualidad, de manera expresa, las formas culposas para esas dos conductas.

El remedio, sin duda, estaría en establecer los correspondientes correctivos dentro del Capítulo de los delitos contra el patrimonio económico, y no en introducir esta innecesaria y antitécnica "extensión", dentro del Capítulo correspondiente al peculado.

Por ello, tampoco acogemos algunos planteamientos presentados por PÉREZ[265], comentando el Código Penal de 1936, según los cuales,

> "...teniendo en cuenta la noción que el derecho administrativo trae de las funciones públicas, entre las cuales están los servicios de instrucción y de asistencia social, sobraba la advertencia o extensión que contiene el artículo 155",

por la sencilla razón de que, como dice BERNAL PINZÓN[266] "no es suficiente la

---

[262] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 45.

[263] Ibídem, pág. 47.

[264] Franco, Uriel. *Op. Cit.* Pág. 200..

[265] Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal colombiano: parte especial.* Volumen I. Bogotá, 1956. Pág. 171.

[266] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 46-47.

designación de la naturaleza de una función como pública, para que quien comete un delito en perjuicio de su patrimonio quede por eso mismo sometido a las normas de los delitos contra la administración pública", o, como agrega FRANCO[267],

> "Si no existiera el art. 138 podría ser que el individuo cometiera un delito común o no violara la ley penal, aún aceptando la premisa del Dr. PÉREZ, porque las entidades destinatarías de auxilios o aportes estatales, las empresas en que el Estado tiene la mayor parte, las juntas de acción comunal e inclusive las de defensa civil, no necesariamente prestan un servicio público en sentido estricto.
> Cuando por alguna razón estén encargados de suministrarlo, sin embargo, los miembros de la entidad son empleados oficiales y cometen peculado propio, porque así lo establece el art. 63 cuya parte final incluye a quien "estuviere encargado de un servicio público".".

[267] Franco, Uriel. *Op Cit.* Págs. 206-207.

CAPÍTULO OCTAVO

EL INSTITUTO DEL REINTEGRO

"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 artículo 61, disminuir la pena hasta en una cuarta parte".

Como se ve, el artículo 139 del Código Penal contempla un interesante mecanismo a través del cual, quien ha patentizado una de estas conductas de peculado, sea él propio o impropio, puede obtener grandes beneficios desde el punto de vista punitivo, introduciendo así –en nuestro sentir- una improcedente laxitud en relación con los servidores públicos, pues que si lo que se quiere con todo este capítulo es reforzar la probidad, la honestidad, la rectitud, la honradez de los precitados servidores, en el manejo y conservación de los bienes que les han sido confiados o entregados, mucho que desear deja la norma contemplada en el artículo 139 del Código Penal[268], en la medida en que autoriza unas diminuentes punitivas que,

---

[268] Es tan polémica esta posibilidad de rebajas punitivas en el peculado ante la mediación del reintegro, que la misma Corte Suprema de Justicia, en fallo de Abril 17 de 1995, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, indicó que perfectamente podía ser diferente el quantum de la deducción punitiva entre los diferentes partícipes, al señalar:

"Por último, en la demanda presentada a nombre del acusado R.A., como cargo subsidiario se formula uno por violación directa de la ley, remitido a la tasación de pena, bajo el entendido de que ésta se realizó desconociendo el principio de igualdad, ya que existiendo el reintegro, los falladores le reconocieron a los auditores una rebaja de sólo veinte meses, sobre una pena base calculada en cincuenta y dos, lo que dio por definitiva una sanción de treinta y dos meses de prisión, creando un desequilibrio frente a la pena que se le tasó al ex-tesorero y ex-subtesorero del I., a quienes se les reconoció el máximo de la disminución autorizado por la ley, reduciendo su sanción a sólo seis meses de arresto.

Para la Sala, la respuesta dada sobre el particular por parte de la Delegada resulta enteramente adecuada, porque de una parte hace ver al demandante que la reducción realizada estuvo realmente dentro de los límites que el Legislador le permitía al Juez en el art. 139 del Código Penal, pero además, porque la pretendida igualdad resulta relativa en materia punitiva, dado que siendo individual tanto la responsabilidad penal como la tasación de las sanciones, son de considerar al lado de los factores objetivos relacionados con la naturaleza y gravedad del hecho, otros de índole netamente subjetiva como los grados de participación, análisis de personalidad y antecedentes de todo orden que

por ejemplo, no se consignan en favor de quien materializa otra suerte de atentados contra bienes de contenido económico, al menos a nivel sustancial.

1. CLASES DE REINTEGRO.

Básicamente son dos las subdivisiones que pueden establecerse en relación con el instituto del reintegro, atendiendo a la cuantía o entidad de lo restituido, de un lado, y al momento procesal en que ello se verifique, del otro.

1.1. SEGÚN LA ENTIDAD DE LO REINTEGRADO.

Según la entidad o cuantía de lo que se reintegre por parte del servidor público, puede diferenciarse entre un reintegro total y un reintegro parcial, lo que tendrá honda repercusión en la determinación del beneficio punitivo al cual puede hacerse acreedor quien, por sí o, aún, por tercera persona, verifique tal restitución de lo apropiado, perdido o extraviado.

Lo primero significaría que el reintegro que verifica el servidor es por la misma suma de lo inicialmente desviado, en favor suyo o de un tercero; lo segundo, que el reintegro se hace por suma inferior a la realmente birlada a al administración: Mientras el primero está previsto, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, en los dos primeros incisos del artículo; el segundo lo está en el inciso final, quedando por determinar hasta qué punto, esto es, de qué magnitud o proporción debe ser ese reintegro parcial para que pueda comportar las consecuencias jurídicas establecidas en ese inciso tercero.

No creemos que un ínfimo reintegro, tomando como punto de referencia la magnitud o proporción del bien material afectado, pueda dar derecho a la invocación de las consecuencias jurídicas previstas en el inciso tercero de la disposición que se examina, debiéndose solucionar tal problemática, en nuestro sentir, con base en el tantas veces invocado principio de lesividad, para predicar que será un reintegro parcial que amerita la concesión de las prerrogativas contenidas en ese inciso tercero, el que efectivamente conduzca a disminuir o hacer menos nocivos los efectos de la conducta desplegada.

Lo dicho en precedencia reportaría la posibilidad de formular dos comentarios adicionales:

- De un lado, que a diferencia de lo que acontece en relación con los delitos contra el patrimonio económico, y concretamente a nivel del artículo 374 del Código Penal –en donde se exige que a más de la "restitución del objeto materia del delito", se atienda la "indemnización de los perjuicios ocasionados al ofendido"- aquí basta con la mera restitución, atendiendo así a la solución del daño emergente, como si a la Administración no se le ocasionaran otros perjuicios con la paten-

---

por referir a la preparación, experiencia, cultura, comportamiento y modo de vida en general de cada individuo, marca definitivas disimilitudes de repercusión en una diferente gradación de las sanciones".

tización de estos comportamientos delictuales, como serían los referidos, por ejemplos, al lucro cesante, que no se exige resarcir (cuando menos, dentro de las condiciones fácticas requeridas para la obtención de las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 139 del Código Penal).

- Y del otro, en punto que aparece como estrechamente derivado del precedente, que bastante dificultoso resultaría establecer, en el caso del "uso de trabajo oficial", cómo o en qué monto habría de resarcir a la Administración, en el entendido de que el valor del trabajo no solo comporta el daño emergente (pago de salarios), sino, también, el lucro cesante (lo que el trabajador dejaría de producir en beneficio de la Administración, por dedicar su tiempo de trabajo al cumplimiento de tareas extraoficiales): En tales casos, preguntamos, aún superando el problema correspondiente a la valoración de tales rubros, bastaría con que el agente indemnizara el daño emergente, que es lo que en líneas generales exige la norma en los demás casos, o tendría que llegar hasta la indemnización del lucro cesante, que, siendo lo más lógico, no pareciera ser lo exigido por la norma? Realmente, y por mucho que no estemos de acuerdo con tal solución, hemos de decir que la respuesta a este interrogante se encuentra en la primera alternativa, pues que no puede el intérprete en materias penales, hacer exigencias que la ley no ha contemplado expresamente. De allí, pues, que en nuestra opinión, sea ésta una norma que requiere de una urgente reestructuración, no solamente por consideraciones político-criminales, sino de estricta técnica legislativa.

1.2. SEGÚN EL MOMENTO PROCESAL EN QUE SE VERIFICA LA RESTITUCIÓN

Con referencia a la figura del reintegro, la misma disposición permite distinguir el momento procesal en el cual haya sido practicado el mismo, estableciendo algunas diferencias a nivel de las consecuencias jurídicas derivadas de la materialización de tales supuestos fácticos.

Por ello, se distingue si el reintegro se produjo antes de que se iniciara la investigación (lo cual sucedería, a nuestro modo de ver, y de conformidad con las previsiones normativas del Código de Procedimiento Penal actualmente vigente, antes de que se dispusiera la apertura formal de proceso penal, dentro de lo cual entendemos comprendido el que se encuentre en trámite una investigación previa), o de si produjo después de iniciada la investigación, pero antes de que se dictase sentencia de segunda instancia: La primera hipótesis aparece regulada por el inciso primero, a tiempo que la segunda lo está por el inciso segundo.

En el primer caso, la pena imponible se disminuirá "hasta en las tres cuartas partes", a tiempo que en el segundo "la pena se disminuirá hasta en la mitad". Sano parecer si se miran las cosas desde la óptica de que la Administración recupere lo que le fue quitado (bajo una cualquiera de las modalidades del peculado), pero bastante discutible desde la perspectiva política-penal, en la medida en que se estaría dando pábulo a que el servidor contemplase como parte de los costos ope-

rativos del delito, el ser descubierto: Si no es descubierto, lastima los intereses de la administración; y si lo es, reintegra y se acoge a esas elevadas disminuciones punitivas...

De cualquier suerte, tiénese que si el reintegro, total o parcial, se verifica después de proferida la sentencia de segunda instancia, habría de tenerse tal actuación como una mera circunstancia genérica de atenuación punitiva –obviamente en sede de una eventual tramitación de un recurso de casación, porque de lo contrario, en ese sentido, ya ni siquiera tendría sentido para disminución punitiva-, en los términos de los numerales 6° y 7° del artículo 64 del Código Penal, a saber: "procurar voluntariamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias" y, de otra parte, "resarcir voluntariamente el daño, aunque sea en forma parcial"[269].

---

[269] Así lo puso de presente la Corte en providencia de Enero 20 de 1998 proferida con ponencia del Dr. Carlos E. Mejía Escobar, cuando examinando la viabilidad de conceder una excarcelación bajo tal supuesto, en sede de la tramitación de un recurso de casación, planteó:

"Debe aclarar la Sala, en primer lugar, que el delito por el cual resultó condenado el solicitante no es atentatorio del patrimonio económico, como lo sostiene, sino de la administración pública. En tal sentido hubiera sido más lógico que invocara el numeral 8° del art. 415 del Código de Procedimiento Penal, aunque igualmente su petición de tal manera realizada hubiera resultado abiertamente improcedente. Las causales 7ª y 8ª de excarcelación previstas en la norma mencionada operan antes del proferimiento del fallo de primera instancia. Pero una vez procede el juzgador a dictarlo, el reintegro de lo apropiado o su valor y el pago de la indemnización por los perjuicios causados, siempre y cuando se hayan efectuado con anterioridad, operan frente a la tasación de la pena a imponer pero en ningún momento como factor determinante para el examen de una eventual liberación provisional. Si la cantidad de pena lo permite, la circunstancia igualmente puede jugar como parte de los elementos fundantes para la concesión de la condena de ejecución condicional, pero no hay lugar ni en el fallo condenatorio ni con posterioridad a la aplicación de esas causales".

Debe subrayarse el hecho de que la exigencia de la indemnización se hacía de cara a la concesión de la excarcelación, y no para la operancia del instituto del reintegro, en consonancia con lo anteriormente expuesto al respecto. Tanto es ello así, que en fallo de Junio 10 de 1998, con ponencia del Dr. Ricardo Calvete Rangel, la Corte volvió a formular idéntica exigencia respecto de la excarcelación (que no de la figura del reintegro), en los siguientes términos:

"2. El numeral 8° del art. 415 del Código de Procedimiento Penal señala que hay lugar a la libertad provisional, "En los eventos del inciso primero del art. 139 del Código Penal, siempre que la cesación del mal uso, la reparación del daño o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, y la indemnización de los perjuicios causados, se haga antes de que se dicte sentencia de primera instancia".

En el caso en estudio se puso a disposición de la Corte, y a título de reintegro de lo apropiado, la cantidad de veintinueve millones cincuenta mil pesos ($29.050.000), que es el total imputado, pero no se ha efectuado la indemnización de perjuicios exigida por la norma vigente.Al respecto es preciso señalar que se ordenó un dictamen pericial con el fin de fijar la cuantía correspondiente, y que el procesado consignó para el pago y de manera anticipada cinco millones de pesos ($5.000.000)".

2. SIGNIFICADO Y ALCANCES DEL REINTEGRO.

El hecho de que se verifique tal reintegro no significa, en momento alguno, que se esté admitiendo o aceptando responsabilidad penal, sino, tan solo, el deseo de acogerse a los beneficios punitivos autorizados por la ley, al punto de que si, no obstante haberse materializado tal reintegro por el procesado, es posteriormente acogido con fallo absolutorio, fuere este último de la naturaleza que fuere (resolución de preclusión, auto de cesación de procedimiento o sentencia absolutoria), debe procederse a la devolución, en favor suyo, de lo que en pro de tales beneficios punitivos hubiese él depositado. Así, por ejemplo, lo aclaró la Corte Suprema de Justicia, en proveído de Julio 4 de 1985, con ponencia del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA:

> "RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:
> 1°. El depósito en cuestión se hizo al día siguiente de haberse dispuesto la iniciación del sumario (fol. 12).
> 2°. En el escrito respectivo se afirma que el depósito se hace por "si llegare a existir responsabilidad penal" del sindicado, aunque se advierte que se pretende demostrar su inocencia (fol. 13).
> 3°. El proceso culminó con sobreseimiento definitivo de A.C. por los delitos de falsedad y peculado que se le imputaron; en relación con este ilícito dice la providencia que fueron los secretarios de Gobierno del Valle doctores A.J.O.E. y R.V.C. y de Hacienda doctor V.B.R. y no el gobernador A.C., "quienes de haberse cometido el delito de peculado materia de esta investigación, se habrían apropiado en provecho del procesado de los delitos del Departamento del Valle cuya administración se les había confiado por razón de sus funciones".
> 4°. Disponía el inciso 2°. del art. 3° del Decreto 1858 de 1951, norma vigente cuando los hechos ocurrieron y cuando se hizo el depósito en cuestión, una reducción de pena "hasta en la mitad" o "hasta en una tercera parte" si el responsable del peculado hubiese restituido lo apropiado o su valor o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio, antes de iniciada la investigación o, al menos, antes de dictarse sentencia de primera instancia. La norma actual (art. 139 C.P.), amplía la disminución de pena "hasta en las tres cuartas partes" si el reintegro se hace antes de iniciarse la investigación, "hasta en la mitad" si ocurre antes de dictarse sentencia de segunda instancia, y "hasta en una cuarta parte" si fuere parcial, pero además suprime la exigencia del resarcimiento de perjuicios. Pese a estas diferencias, una u otra normas ofrecen atenuación de penas al procesado que reintegre en cualquiera de las oportunidades allí indicadas lo apropiado, o indebidamente usado, perdido, extraviado, o su valor. Ahora bien, como quiera que es éste un mecanismo de atenuación punitiva es obvio que solamente puede aplicarse cuando el depositante del dinero o el reintegrador de la cosa haya sido condenado por el delito de peculado que se le atribuyó; en este orden de ideas, si alguien deposita la cantidad de dinero cuya apropiación se le imputa con la advertencia de que lo hace para beneficiarse de la disminución de pena en caso de condena y ésta

no se produce, tiene derecho a devolución del dinero depositado con esa condición. Más aún, como el depósito fue acto emanado de su propia voluntad, podría solicitar su devolución en cualquier momento antes de producirse el fallo respectivo, con la única consecuencia de que al ser condenado no sería favorecido con la atenuante de la pena precitada.

5°. En el evento sub-iúdice se dan plenamente los supuestos jurídicos para la devolución del dinero depositado: En efecto, el depósito fue oportunamente hecho; en tal momento se dejó consignado expresamente que tal depósito se hacía "por si llegare a existir responsabilidad penal" del procesado; en el auto de sobreseimiento definitivo se excluyó dicha responsabilidad. No habiéndose cumplido, pues, la condición manifestada por el depositante como supuesto de ese acto emanado de su propia voluntad, es necesario disponer su devolución al peticionario, quien tiene facultad para recibir (fol. 7)".

Lo que es más, en proveído de Junio 10 de 1998, la Corte, con ponencia del Dr. RICARDO CALVETE RANGEL, explicó que si, eventualmente, llegaba a operar un doble reintegro o, lo que es lo mismo, un reintegro por doble vía, cabía la posibilidad de la devolución de lo pagado en exceso:

"1. Dados los comentarios que al margen de la solicitud hace el defensor, es oportuno precisar que no es cierto que la actuación que surte en la Fiscalía contra C.A., y la que se adelanta en la Corte contra el congresista G.H., conformen "un solo proceso", pues en virtud del fuero que ampara este último se rompió la unidad procesal, y eso trae como consecuencia que existan dos procesos, uno por cada sindicado.

En la instrucción que se adelanta en la Corte no se había efectuado reintegro de lo apropiado, ni se acreditó que en otra actuación por los mismos hechos se hubiere efectuado la restitución definitiva, simplemente se había informado que en el asunto que investiga la Fiscalía hubo una consignación cuya autoría el procesado y su defensor rechazaron, lo cual pone en duda su destino, y obviamente, el hecho de que esta Corporación pertenezca a la rama judicial no la faculta para disponer de ese dinero, ni para incurrir en el error de entender restituido parcialmente el objeto material del peculado.

Ahora, si más adelante se acredita que en otro proceso se efectuó la restitución definitiva del valor apropiado, o se pone a disposición de la Corte otra consignación con la cual se supere la cantidad que se debe restituir, es viable en principio pensar en la posibilidad de la devolución, salvo que deba ser destinado a otro fin".

CAPÍTULO NOVENO

DESTINACIÓN INDEBIDA DE RECURSO

De la manera más antitécnica -desde el punto de vista dogmático y político penal- e improcedente -desde el punto de vista político criminal- que fuera posible imaginar e implementar, el legislador nacional ha dado en adicionar el Código Penal con un artículo 139 A, relativo a la "destinación indebida de recursos encaminada al estímulo de la declaración de origen de metales preciosos".

En efecto, el artículo 5o. de la Ley 366 de Marzo 12 de 1997, ha dado en disponer:

> "Adiciónase el Capítulo Primero del Título III del Código Penal con el siguiente artículo que se incorporará como delito contra el patrimonio público:
> "ART. 139 A.- El servidor público y/o empleado oficial que destine recursos del tesoro público para estimular o beneficiar directamente o por interpuesta persona a los explotadores y comerciantes de metales preciosos con el objeto de que declaren sobre el origen o procedencia del mineral precioso, incurrirá en prisión de dos a diez años, en multa de cien a quinientos salarios mínimos mensuales y quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas. Así mismo, en la sentencia se ordenará reintegrar a favor del tesoro público las sumas pagadas.
> En la misma pena incurrirá el que reciba con el mismo propósito los recursos del tesoro o quien declare producción de metales preciosos a favor de municipios distintos al productor".

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Buscando darle alguna explicación -que no justificación- a la disposición que acaba de transcribirse, habríamos nosotros de remitirnos al contenido mismo de la precitada ley 366 de Marzo 12 de 1997, "por la cual se regula la liquidación, retención, recaudo, distribución y transferencias de las rentas originadas en la explotación de metales preciosos".

En los tres primeros artículos de dicha ley se establece una obligación para los compradores, fundidores o procesadores (artículo 1o), así como para los municipios productores de metales preciosos (artículo 2o), y, finalmente, para los mineros y comerciantes, de verificar algunas declaraciones oficiales, amén de practicar algunas liquidaciones y pagos en relación con tal operación.

En efecto, en cuanto es ello aquí procedente, cabría indicar que tales artículos preceptúan:

"ART. 1o.- Los compradores, fundidores o procesadores de metales preciosos liquidarán y retendrán las rentas previstas en la ley derivadas de la explotación de los mismos en el momento en que los reciban o adquieran y paguen.

....."

"ART. 2o.- Los municipios productores de metales preciosos llevarán un registro de las explotaciones que se efectúen en su jurisdicción y de las personas naturales o jurídicas dedicadas a su extracción y comercialización.

.....

....."

"ART. 3o.- Cada minero o comerciante declarará en el formulario de venta que sirva de soporte para la liquidación y recaudo de las rentas previstas en la ley derivadas de la explotación de metales preciosos, bajo la gravedad del juramento que se entiende prestado con la firma del formulario, la procedencia exacta del material precioso. Copias del formulario se entregarán al municipio de origen del metal, una de las cuales se remitirá al Ministerio de Minas y Energía.

....."

Todo lo anteriormente expuesto viene a colación con la expresa intención de explicar que existe en nuestro medio, mal que bien, todo un procedimiento en relación con la explotación de metales preciosos, y, lo que es más, con su comercialización y pago de impuestos, en donde el punto de referencia es el municipio en el cual se hizo la explotación pertinente. Ello explica, entre otras cosas, por qué el artículo 4o. de la ley que viene siendo examinada, prescribe:

"ART. 4o.- Ninguna entidad pública podrá destinar recursos del tesoro para estimular o beneficiar directamente o por interpuesta persona a los explotadores y comerciantes de metales preciosos con el objeto de que declaren sobre el origen o procedencia del mineral precioso".

A qué podrá deberse tal admonición? Sin duda alguna, puede deberse al hecho de que es posible -según nuestro legislador- que un municipio fomente el que se haga aparecer como explotados en su jurisdicción, metales preciosos que lo fueron en otro, como se puede ello inferir del contenido del artículo 6o. de la misma ley que se estudia, en el cual se lee:

"El Ministerio de Minas y Energía recaudará, distribuirá y transferirá las rentas derivadas de la explotación de oro, plata, platino y concentrados polimetálicos con destino a la exportación.
Si se constata que en el municipio indicado por el minero no existen explotaciones de metales preciosos, o que existiendo esta se comprueba que los metales no fueron extraidos en el municipio declarado, las rentas recaudadas se distribuirán entre todos los municipios del país que aparezcan en la relación de productores del Ministerio de Minas y Energía, los cuales a su vez deberán destinarlas a inversiones para la protección del medio ambiente". (Negrillas fuera del texto).

Por tal vía se comprende, sin que ello se justifique, que, en algo que desafortunadamente se ha tornado en costumbre, el legislador haya recurrido al instrumento penal para acriminar un comportamiento que -aceptando en gracia de discusión que conjugase el carácter de antisocial o, aún, de ilícito- bien podría haberse sancionado en otro ordenamiento jurídico o, todavía más, dentro del mismo ordenamiento jurídico penal, sin necesidad de introducir nuevos, exóticos, antitécnicos e improcedentes tipos penales.

2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

Pese a todo lo que en su contra hemos dicho hasta ahora -a más de lo que en ese mismo sentido habremos de decir más adelante- hemos de reconocer que, mientras se encuentre vigente, es este un tipo penal que se encuentra dentro del Código Penal y, concretamente dentro de los delitos contra la Administración Pública que, por tanto, debe ser estudiado y examinado dogmáticamente, tratando de desentrañar y comprender su contenido -si es que lo tiene-, pues que, al fin de cuentas, se trata de una figura que, aunque seguramente de manera extremadamente eventual, habrá de ser aplicado y considerado, bien por parte de nuestros Falladores, bien por parte de nuestros intérpretes.

2.1. LOS SUJETOS.

2.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Inexplicable resulta que el mismo legislador que en el año de 1995 había eliminado toda alusión legislativa a la expresión empleado oficial, para sustituirla por la de servidor público, para ponerse así a tono con las últimas tendencias constitucionales -según se vio ello, dentro de esta misma obra, en el apartado correspondiente- encabece este tipo penal significando que sujeto activo del mismo puede serlo "el servidor público y/o empleado oficial".

En efecto, poco menos que insólito -por decirlo de alguna manera- deviene el que el mismo legislador que había practicado toda una reforma a la temática tocante con la corrupción, especialmente a nivel oficial, y que, por tal vía, había llegado a modificar el contenido normativo del artículo 63 del Código Penal, en cuanto a las categorías que conformaban y quedaban comprendidas dentro de tal concepto; disponiendo, en el parágrafo único del artículo 18 de la ley 190 de 1995 que "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", DOS AÑOS DESPUÉS se olvide de todo ello, y desenfadadamente diga que el sujeto activo del tipo penal contemplado en el artículo 139 A del Código Penal puede serlo el "servidor público y/o el empleado oficial".

Tan antitécnica forma de proceder por parte de nuestro legislador, sólo revela una de dos cosas: o que definitivamente posee una sospechosamente mala memoria; o que, de otro lado, no és consciente sobre los temas en relación con los cuales legisla o ha legislado.

No de otra manera se explica, pues, que conforme a la preceptiva actual del artículo 139 A del Código Penal, se tenga que decir, como ahora se hace por parte nuestra, que el sujeto activo de esta infracción a la ley penal, se encuentra constituido bien por el servidor público, bien por el empleado oficial, cuando en páginas precedentes -al comienzo mismo de esta obra- habíamos dicho y explicado que esta segunda noción había desaparecido del panorama jurídico-penal colombiano, para dar paso a la primera, en sano acogimiento de las últimas tendencias constitucionales.

De cualquier suerte, si no nos detenemos a revisar aquí qué se entiende por servidor público y/o empleado oficial, es por la sencilla razón de que ese fue un trabajo por nosotros ya adelantado desde los indicios de este informe, al cual remitimos.

2.1.2. *SUJETO PASIVO.*

Conforme a la redacción del tipo penal propiamente dicho, podría decirse que el sujeto pasivo de esta infracción lo es el erario público, en la medida en que este está siendo esquilmado para fomentar la declaración de un origen de metales preciosos que no se compadece con la verdad y, por tal vía, obtener para el municipio que de tan irregular manera procede (en el entendido de que lo hace a través de sus respectivos representantes), lo hace para obtener unos beneficios indebidos en el reparto de las rentas que verifica el Ministerio de Minas y Energía, conforme a lo dispuesto en el artículo 6o. de la Ley 366 de 1997.

Lo que es más, ese criterio encontraría respaldo y soporte en el encabezado mismo del artículo 5o. de la ley en comento, que al disponer la adición al Código Penal con un artículo 139 A, señala que tal disposición "se incorporará como delito contra el patrimonio público", con lo cual se da a entender que es eso lo que se quiere tutelar (el patrimonio público), desconociendo, eso sí, que en nuestro medio tales delitos (contra el patrimonio publico), no existen, pues lo que se tutela, en líneas mucho más amplias y comprensivas, es la Administración Pública y, dentro de tal concepto, los bienes que, real o funcionalmente, a ella pertenecen.

2.2. OBJETOS

2.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

En atención a la crítica que acaba de formularse, bien podría sostenerse que el interés jurídico que tutela esta disposición, es el del reglamento (orden, disciplina), en la ejecución del gasto público, que no puede desviarse en ningún sentido, y ni siquiera para buscar favorecer a un determinado municipio, en desmedro de los otros que sí explotan metales preciosos, en la obtención de rentas por tal concepto.

Como se ve, a más de la disciplina en la ejecución del gasto, podríamos decir que se tutela el erario público, respecto del cual se pretende que no se le entreguen rentas, por los conceptos aquí reseñados, al municipio que realmente no lo merez-

ca (por no haber sido en su jurisdicción en donde se explotaron esos metales preciosos). Y, todavía más allá, podría decirse que se protege no sólo la buena fe de los otros municipios y del mismo erario público, sino, también, la fe pública, que se vería afectada, real o potencialmente, cuando eventualmente se exhiban documentos espurios para acreditar, como cierto, un hecho que no lo es (vale decir, para hacer aparecer como explotado en un determinado municipio, un metal precioso que realmente no fue explotado allí, en pos de la obtención de réditos para tal ente municipal, por dicho concepto).

Esta acotación, dicho sea de paso, nos habilita para formular una nueva crítica a esta disposición, en la medida en que la estimamos -como decíamos desde el comienzo de este capítulo- absolutamente innecesaria, pues que una situación como la aquí sancionada, bien podría regularse (en ausencia o ante la inexistencia de este tipo penal), dentro de los límites propios del peculado por aplicación oficial diferente, en concurso efectivo (y heterogéneo) con la falsedad en documentos públicos (o privados, según fuere el caso).

En nada se afectaría la posibilidad de sancionar estos comportamientos, de no existir este malhadado artículo 139A, como que ello perfectamente encontraba solución en tipos penales preexistentes y ampliamente conocidos por la judicatura, los académicos y los intérpretes: Lo que con esta reglamentación certifica, una vez más, nuestro legislador, es su desconocimiento pleno, absoluto y palmario, de las disposiciones normativas ya existentes o que, lo que es peor, que él mismo ha aprobado.

2.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

Ha sido tan mal concebida y tan improcedentemente redactada la figura delictual que se examina, que tendremos aquí que reconocer que no hay siquiera claridad en torno al objeto material de la misma, entendido el concepto objeto material como la persona, cosa o concepto sobre el cual recae la conducta propia de la infracción.

Si bien en un primer momento pudiera decirse, conforme a la redacción actual del tipo en comento, que la conducta ejecutiva recae sobre "los recursos del tesoro" que se han empleado para estimular o beneficiar a terceros, para que declaren sobre el origen o procedencia del metal precioso, de manera contraria a la verdad, tal como lo avalaría la parte final del inciso primero de la disposición al señalar que "en la sentencia se ordenará reintegrar a favor del tesoro público las sumas pagadas"; finalmente tendríamos que decir, consultando el espíritu de la norma y, lo que es más, los artículos 4o. y 6o. de la ley en comento, que también, y lo que pareciera ser más importante aún, se están afectando las rentas que han de ser distribuidas, entre los municipios productores, por parte del Ministerio de Minas y Energía, con lo cual se colegiría que la conducta ejecutiva recae sobre unos y otros bienes (algo que, casi que sobraría decirlo, no parece como técnico).

2.3. LA CONDUCTA.

En sede de la conducta ejecutiva, tendríamos que decir que, estando como lo estamos, en frente de un tipo penal autónomo, el mismo conjuga la calidad de compuesto y alternativo:

2.3.1. Compuesto, porque lo que sanciona no es tanto el "destinar recursos del tesoro público", sino que ello se haga para o para estimular o beneficiar, directamente o por interpuesta persona, a los explotadores y comerciantes de metales preciosos para que verifiquen ellos esas "falsas declaraciones" en torno al origen o procedencia del metal precioso.

En cualquier caso, este vocablo "destinar" amerita dos comentarios:

- El uno, que no se exige, por tanto, el pago efectivo, porque destinar es tener la intención de aplicar una cosa a algo, esto es, imprimirle alguna finalidad, sin que se exija la verificación de un resultado material (lo que, dicho sea de paso, certifica la deplorable redacción de la norma).

- Y el otro, que si lo que se sanciona es que el funcionario hubiese destinado esos fondos con esa intención ilícita, habría de pensarse que debe mediar un vínculo jurídico entre el agente y los bienes, de tal suerte que aquél los tenga bajo su administración y/o custodia, como que no de otra manera se entendería que una persona pudiese imprimir un determinado destino a unos bienes si no guarda una específica relación funcional con los mismos.

2.3.2. Y alternativo, porque comporta dos hipótesis fundamentales, la primera de las cuales se desdobla, a su vez, en otras dos:

- La primera, miradas las cosas desde el punto de vista del ente municipal que promueve tal acción, la misma que, respecto suyo, puede consistir tanto en un estimular como en un promover esa irregular declaración de origen o procedencia;

- Y la segunda, miradas las cosas desde el punto de vista del explotador o comerciante que observa la conducta falsaria en torno a la declaración de origen o procedencia, que queda, en todo caso, sometido a las mismas sanciones, en razón de lo dispuesto en el inciso segundo de la figura que se examina.

3. EVALUACIÓN GENERAL DEL TIPO PENAL.

Al comienzo mismo de este acápite señalábamos que se trataba aquí de un tipo penal no sólamente antitécnico, sino, también, improcedente:

- La improcedencia ha quedado explicada en aquel apartado en que señalábamos que la conducta aquí prevista ya estaba acriminada en sede de otros tipos penales ya vigentes (peculado por aplicación oficial diferente y falsedad documental), por lo que resulta ser esta una reglamentación absolutamente innecesaria e impertinente, vistas las cosas desde el ángulo pura y estrictamente político-penal.

- La falta de técnica, como creemos que es ya claro para esta altura de la exposición, se evidencia en las grandes falencias intrínsecas del mismo, que denota un absoluto desconocimiento de las materias jurídico-penales por parte del legislador.

Pero como si lo anterior fuera poco, es igualmente claro que con una disposición como la presente, el legislador pone de presente que olvida o desconoce dos cosas: La una, que el instrumento penal no es la única herramienta con la cual se puede enfrentar o combatir la criminalidad; y la otra, que en muchas oportunidades, el expediente penal no es, siquiera, el más adecuado para resolver los agudos problemas de criminalidad que agobian y embargan a nuestro país.

Por ello, pues, no solamente tildamos de superflua, innecesaria e improcedente esta forma delictual, sino que abogamos por su eliminación dentro del concierto de descripciones comportamentales, a través de las cuales se pretende tutelar la administración pública.

SUBSECCIÓN SEGUNDA
CONCUSIÓN

Con las modificaciones introducidas por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995, el artículo 140 del Código Penal observa el siguiente tenor literal:

> "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 mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal".

1. GENERALIDADES[270].

1.1. ORÍGENES HISTÓRICOS.

A pesar de los esfuerzos de los más connotados doctrinantes de la materia, no parece haber acuerdo en torno al verdadero origen de la concusión, en cuanto forma punible autónoma. Así, por ejemplo, mientras SOLER[271] postula que

> "En el derecho moderno se ha operado una distinción bastante marcada entre el cohecho y la exacción, o sea, entre la corrupción del funcionario público y la concusión, según la terminología tradicional.
> Esa diferencia no era clara en el derecho romano, pues bajo el nombre genérico de crimen repetundarum se comprendía no solamente lo que hoy llamamos concusión, sino también una serie de hechos de corrupción propiamente dicha, como lo es por excelencia el acto de aceptar dinero para pronunciar sentencia",

otros autores, como es el caso de MANZINI[272], se muestran contrarios a tal parecer, al señalar:

---

[270] Retomamos aquí todo lo que al respecto expusimos en anterior oportunidad:
Molina Arrubla, Carlos Mario. *Concusión.* Editorial Leyer. Santafé de Bogotá. 1999.

[271] Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino.* Tomo V. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1953. 2ª reimpresión. Pág. 216.

[272] Manzini, Vicenzo. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo No. 8. Ediar Editores, Buenos Aires, 1961. Págs. 207-208 (Nota de pie de página No. 2).

> "En cuanto al derecho romano, no es enteramente verdad, como se ha afirmado, que la concusión se identificara con el crimen repentudarum, la Ley Acilia (622-623, aproximadamente), votada por iniciativa de S. Graco, transformó la acción civil de repetición de las liberalidades o de las exacciones indebidamente recibidas por los funcionarios, en acción penal, castigando el hecho con una multa del doble de lo recibido, al igual que el hurto, la Ley Servilia agregó la infamia; y la Ley Julia (673-81), agravó todavía [más] la represión".

Fuere de ello lo que fuere, lo cierto del caso es que la figura de la concusión parece emerger en toda su dimensión, a nivel del derecho romano, en la época imperial, pues que en ello sí coinciden tanto SOLER como MANZINI, como que mientras el primero enseña que[273]:

> "En el derecho imperial, sin embargo, se prevé expresamente y bajo nombre específico el delito de concusión: si simulato praesidis iussu concussio intervenit, ablatum eiusmodi terrore restitui praeses provinciae iubet, et delictum coercet.
> Esta figura del derecho imperial surgió como una forma independiente de extorsión, e incluso algunos autores aplicaron el título de concusión a extorsiones de los más variados caracteres",

el segundo de los mencionados postula[274]:

> "Pero la específica y más rigurosa consideración del delito de concusión se debe a la legislación imperial. La exacción indebida, consistente en provocar la dación de utilidades, con amenaza de males al sujeto pasivo, no prevista por el antiguo derecho penal y confundida después con otras acciones penales, comenzó a tratarse como delito autónomo después del siglo II de nuestra era. Tomó el nombre de concurso, de quatere (sacudir; imponerse con el temor: "si simulato praesidis iussu concussio intervenit, ablatum eismodi terrore retitui praeses provinciae iubet, et delictum coercet") y asumió la figura de extorsión de dádivas o de prestaciones mediante abuso de oficio".

En ese sentido llama la atención, por decir lo menos, el hecho de que sistemas legales tan diferentes al nuestro como lo es el derecho anglosajón, aún hoy en día exhiban similitudes tan ostensibles con lo expuesto, tal como puede constatarse en el Código Americano –U.S. Code-, que a nivel del Título 18 (relativo a los "Crímenes y al Procedimiento Criminal"), consagra, en el Capítulo 41 ("Extorsión y Amenazas"), la siguiente reglamentación en torno a la "Extorsión por oficiales o empleados de los Estados Unidos"[275]:

---

[273] Soler, Sebastián. *Op. Cit.* Pág. 216.

[274] Manzini, Vicenzo. *Op. Cit.* Pág. 208.

[275] El texto completo del U.S. Code (Código de los Estados Unidos) puede ser localizado en la siguiente dirección, vía internet: www4.law.cornell.edu/uscode/

> "Sec. 872. Extortion by officers or employers of the United States
> Whoever, being an officer, or employee of the United States or any deparment or agency thereof, or representing himself to be or assuming to act as such, under color or pretense of office or employment commits or attempts an act of extortion, shall be fined under this title or imprisoned not more than three years, or both; but if the amount so extorted or demanded does not exceed $1,000, he shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both"[276],

con lo que se evidencia la íntima relación, derivada de sus orígenes en la época imperial del derecho romano, entre la concusión y la extorsión[277].

1.2. SENTIDO ETIMOLÓGICO.

Según enseñaba el maestro CARRARA en su conocido "Programa de Derecho Criminal", *"la palabra concusión se deriva del latín concutere y representa la idea de sacudir un árbol para hacer caer los frutos"*[278].

En este sentido, CARRARA deja en claro que, para él, *"sería concusión el delito de todos los que emplean violencia contra otros para arrancarles dinero; pero aunque algunos usen ese término en este sentido más amplio, predomina en la ciencia y en los mejores criminalistas la aplicación más estricta de la palabra"*, de tal suerte que el significado de la palabra concusión *"reduce la idea al temor infundido mediante poder público"*, siendo esa la acepción más conforme a la autoridad del derecho romano y el más aceptado en la práctica italiana[279].

Por esta vía se comprende, entonces, el que CARRARA vincule de manera directa la concusión con el "metus publicae potestatis", cuando enseña que *"la concusión constituye el hecho especial de los que obtienen lucro de otros, metu publicae potestatis [por miedo del poder público]"*, como que anota: *"Si para obtener el lucro indebido se amenaza solamente con el uso de la fuerza privada, ya no hay delito contra la justicia pública, sino que se originan los títulos de extorsión o de hurto violento, que aparecen entre los delitos contra la propiedad"*[280].

---

[276] "Extorsión por oficiales o empleados de los Estados Unidos. Cualquiera que, siendo oficial o empleado de los Estados Unidos o de cualquier departamento o agencia, o que se presente a sí mismo o asumiendo actuar como tal, bajo el color o la pretensión de ser oficial o empleado, cometa o intente cometer un acto de extorsión, será multado bajo este título o llevado a prisión por no más de tres años, o ambas; pero si la cuantía de la extorsión o lo demandado no excede de los $1.000 [mil dólares], será multado bajo este título o llevado a prisión por no más de un año, o ambos".

[277] Según recuerda Soler, cuando anota: *"Esta figura del derecho imperial surgió como una forma independiente de extorsión, e incluso algunos autores aplican el título de concusión a extorsiones de los más variados caracteres"*.

Soler Sebastián, *Op. cit.* Pág. 216.

[278] Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial.* Volumen 5. Editorial Temis, Bogotá. 1993. 4ª ed. Pág. 115.

[279] Ibídem, págs. 115-116.

[280] Ibídem, pág. 116.

Lo que habría de aclararse, sí, es que, atendiendo al hecho de que gran parte de la doctrina y, aún, de la jurisprudencia se refieren a esta figura delictual bajo la denominación de "exacciones ilegales"[281], debe clarificarse que uno es el sentido y alcance de tal expresión dentro y en relación con legislaciones tales como la española o la argentina, y otro es el que ella tiene y comporta en frente de reglamentaciones tales como la contenida en la codificación nacional, por dos razones fundamentales:

1.2.1. La primera, porque tal como lo anticipase ya hace muchos años el maestro JESÚS BERNAL PINZÓN[282], el texto del tipo penal de la concusión que aparece consagrado en el actual artículo 140 del Código Penal colombiano, no deriva de la legislación española sino de la italiana[283] por lo que muchas de las reflexiones que pueden practicarse en Italia y, por ende, en Colombia, no son aplicables ni pueden inferirse ni en la legislación ibérica, ni en la argentina[284].

---

[281] El profesor Ortiz Rodríguez recuerda, por ejemplo, que la jurisprudencia nacional, con base en el Código Penal de 1936, enseñaba que la concusión era *"la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado público y consiste en un abuso de autoridad que suscita en la víctima un temor o también un error que la determina a dar o a prometer lo que no debe (casaciones penales de 25 de Mayo de 1948 y 1º de Febrero de 1952)"*.

Ortíz Rodríguez, Alfonso. *Manual de Derecho Penal Especial*. Universidad de Medellín. Medellín. 1985. 2ª ed. Pág. 89.

Cabe anotar, en todo caso, que tal evaluación de la figura -independientemente del problema relativo al nomen iuris dispensado por tal vía al tipo penal en comento- era factible en razón de que en dicha codificación existía, igualmente, la denominada concusión por error ajeno, como figura autónoma e independiente.

[282] "La comparación de los dos textos, el italiano y el colombiano, deja ver claramente que nuestro legislador se inspiró, para la estructuración del delito de concusión, en el texto extranjero".

Bernal Pinzón, Jesús. *Delitos Contra la Administración Pública*. Editorial Temis, Bogotá, 1965. Pág. 60.

[283] El Código Penal Italiano actualmente vigente, que no es otro que el del año de 1930, reglamenta en su artículo 317 lo relativo a la figura de la concusión en los siguientes términos:

"Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, abusando della sua qualitá o dei suoi poteri, costringe o induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilitá, é punito con la reclusione da quattro a dodici anni".

[284] Al respecto, baste considerar que a nivel del Título XI ("Delitos contra la Administración Pública"), el Código Penal argentino contempla un capítulo, exactamente el IX, relativo a las "Exacciones Ilegales", en tema que es reglamentado en los artículos 266 a 268 en los términos que a continuación se indica, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley 16.648:

"ART. 266.- Será reprimido con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden".

"ART. 267.- Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años".

1.2.2. Y la segunda, íntimamente conectada con la anterior, porque es en esta segunda legislación, a saber, en la española, en donde aparece la figura de la "Exacción Ilegal" (y de donde es tomada, por ejemplo, por la legislación argentina), a la que se dispensa un sentido y alcance diferente a lo que en Italia y Colombia se entiende por concusión.

Para el efecto, bastaría comenzar recordando que el artículo 402 de la Ley Orgánica No. 8 de 1993 (Código Penal Español anteriormente vigente), disponía:

> "Art. 402. EXACCIONES ILEGALES.- El funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, mayores derechos de los que estuvieren señalados por razón de su cargo, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado por otro concepto, con una multa del duplo al cuádruplo de la cantidad exigida, sin que pueda bajar de 30.000 pesetas.
> El culpable habitual de este delito incurrirá, además, en la pena de inhabilitación especial".

Recordemos, sí, que ese artículo aparecía en el Capítulo XI ("De los fraudes y exacciones ilegales") del Título VII ("De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos"), con lo que resultan claras dos conclusiones: La una, que propiamente hablando, no era la "Administración Pública" el bien jurídico aquí protegido, como que sólo lo era de manera indirecta; y la otra, que no se trataba allí de una regulación de la concusión en cuanto tal, según todo lo hasta ahora expuesto en relación con tal figura, sino de lo que en España ha dado en denominarse una "Exacción Ilegal".

Precisamente en relación con tal disposición, el profesor E. ORTS. BERENGUER[285], anotaba:

> "El delito lo comete el funcionario que exige mayores derechos de los que le correspondan (...). Esto presupone que el sujeto activo, sobre ser funcionario público, ha de estar legalmente facultado a percibir derechos, aranceles, etc. (así lo ha entendido, con razón, el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de marzo de 1935, ... y de 5 de Mayo de 1959, ...)".
> "La consumación de la exacción ilegal toma cuerpo con el hecho de exigir los derechos indebidos, aunque no lleguen a cobrarse (Cuello Calón, Rodríguez Devesa). El probable concurso con el cohecho habrá de solventarse a favor de la aplicación de éste (también Rodríguez Devesa)".

"ART. 268.- Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores".

El texto completo de este título del Código Penal argentino puede ser localizado, vía internet, en la siguiente dirección: www.codigos.com.arg/penal/12t11.htm.

[285] E. Orts Berenguer y otros. *Derecho Penal: Parte Especial.* Volumen I. Tirant Lo Blanch, Valencia. 1987. Pág. 485.

Como se ve, no se aludía en el Código Penal Español anteriormente vigente, a un comportamiento delictual similar al que tanto en Italia como en Colombia se concibe como concusión, no solo por la diferente ubicación dentro de la Parte Especial del Código Penal y por el distinto bien jurídico tutelado en primera instancia, sino, también, por el *nomen iuris* de la conducta[286] y, lo que es más, por el contenido mismo del correspondiente tipo penal.

Con todo, no cambió sustancialmente la concepción del legislador español en materias jurídicos-penales, con la adopción del Código Penal actualmente vigente, implementado mediante la Ley Orgánica No. 10 de 1995, como que en el artículo 437 de la misma se dispone:

> "Art. 437. EXACCIONES ILEGALES.- La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años".

A nuestro modo de ver, no fue mayor la modificación que introdujo la figura en cuanto hace con el sujeto activo de la infracción, como tampoco en lo atinente a la conducta ejecutiva que, en esencia, resulta ser bastante parecida a la del tipo penal que contemplaba el artículo 402 de la Ley Orgánica No. 8 de 1983. La diferencia estribaría, sí, en que si bien ese artículo se encuentra contemplado en el Capítulo VIII ("De los fraudes y exacciones ilegales"), lo es dentro del Título XIX, relativo a los "Delitos contra la Administración Pública", con lo que, si bien todavía no alcanza los ribetes de lo que en Italia y Colombia se concibe como una concusión por lo menos se ha aproximado en cuanto al bien jurídico tutelado[287].

Comentando esta disposición, Muñoz Conde[288] anota:

> "Sujetos activos de este delito sólo pueden serlo aquellos funcionarios o autoridades que pueden exigir, derechos, aranceles, etc., como for-

---

[286] No puede olvidarse, al fin de cuentas, la incidencia que en la hermenéutica de un determinado tipo penal, comporta el "nomen iuris" del mismo. En ese sentido, cabría resaltar cómo en la exposición de motivos del anteproyecto del Código Penal Colombiano, presentado en el año de 1974, el presidente de tal corporación, Dr. Jorge Enrique Gutiérrez Anzola destacó como uno de los principales avances de la nueva codificación el que:

"Siguiendo la técnica moderna en la redacción de códigos y para mejor facilitar su consulta y entendimiento, la Comisión tituló todos los artículos de la parte especial, así como lo hizo con la general" (Subrayas fuera del texto).

Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Parte Especial. ... Volumen III. Pág. 248.

[287] El texto completo del Código Penal Español actualmente vigente (Ley Orgánica No. 10 de 1995), puede ser consultado, vía internet, en la siguiente dirección:

www.geocities.com/CapitolHill/4557/cp.htm

[288] Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial.* Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996. 11ª ed. Pág. 878.

ma de pago a su actividad, no así aquellos que perciben directamente su sueldo de la Administración, sin estar facultados para exigir ningún tipo de derecho (...)
La acción consiste en exigir, directa o indirectamente, es decir, personalmente o a través de persona intermedia, mayores derechos de los debidos legalmente. El parentesco con la estafa y el cohecho es indudable y, caso de que sea posible, deben ser de preferente aplicación estos delitos, pues de lo contrario se privilegiaría absurdamente al funcionario. Existe evidentemente estafa, cuando el funcionario hace creer engañosamente al particular que los derechos exigidos son legales; y cohecho, cuando el funcionario no oculta ciertamente el carácter indebido de su exigencia, pero a pesar de ello llega a un acuerdo con el particular, que acepta la solicitud del funcionario (...). El delito de exacciones ilegales se consuma en el momento de la exigencia por parte del funcionario....".

Como se ve, siendo diferente el punto de partida, tiene que ser diferente el punto de llegada: Por ello, no resultan particularmente significativos los estudios de los autores ibéricos, de cara a la interpretación de la concusión, en tanto tipo penal contemplado en la legislación penal colombiana, toda vez que la reglamentación que han dispensado los dos últimos Códigos Penales españoles al comportamiento delictual que nos ocupa, distan mucho en sus contenidos y significados, de lo que al respecto se concibe en Italia y Colombia[289]. Por ello, como fácilmente se comprenderá, siendo de uso común la expresión "Exacción Ilegal" por referencia a la concusión, aún en nuestro medio, nos parece que tal denominación debe usarse dentro del adecuado contexto, so pena de que, de no tenerse de presente tal admonición, se planteen interpretaciones de la ley colombiana con base en la ibérica o la argentina, que obviamente resultarán fallidas, dado que no se entiende allí, exactamente, por exacción ilegal, lo que aquí se tiene por tal: A pesar de ello, seguiremos nosotros utilizando tal expresión en los segmentos subsiguientes de este informe, siempre teniendo en consideración la precisión que acaba de introducirse.

2. CLASIFICACIÓN.

La concusión admite ser clasificada, desde el punto de vista doctrinal, desde dos puntos de vista: uno subjetivo y otro formal. El primero, actualmente desechado por la doctrina generalizada, dice referencia a la calidad de la persona que despliega la conducta ejecutiva; el segundo, por su parte, alude a la forma en que se lleva a cabo la patentización fenoménica de tal comportamiento.

---

[289] Esa conclusión -considerando inclusive lo que al respecto se concibe en la legislación y la doctrina argentinas-, fue por nosotros presentada en otra oportunidad:

Molina Arrubla, Carlos Mario. "Concusión Implícita y "metus potestatis"" en *Revista de Derecho Penal* No. 11. Febrero-Marzo de 1999. Santafé de Bogotá. Pág. 77-86.

2.1. CONCUSIÓN PROPIA Y CONCUSIÓN IMPROPIA.

Refiriéndose a la concusión, SOLER[290] explica:

> "Esta figura del derecho imperial surgió como una forma independiente de extorsión, e incluso algunos autores aplicaron el título de concusión a extorsiones de los más variados caracteres.
> Ello determinaba que se hiciera diferencia entre la concusión propia, que era la ejercida por el sujeto dotado de autoridad, y concusión impropia, que era la extorsión cometida por un particular. El empleo de ese nombre, sin embargo, se fue circunscribiendo para calificar exclusivamente la acción de los funcionarios públicos que se sirven del temor suscitado por la autoridad (metus publicae potestatis) como un medio para obtener de los particulares exacciones indebidas. Modernamente se suele emplear el nombre de concusión impropia en un sentido diferente, para designar el abuso del funcionario que obra no ya mediante el temor, sino abusando del error en que un particular haya caído, forma semejante a la defraudación del art. 175, 2°".

Es precisamente la amenaza de un acto de autoridad pública, en tanto elemento configurante de la concusión, explica CARRARA[291], el que *"da fundamento para distinguir entre concusión propia y concusión impropia: Es propia, cuando es verdadera la autoridad con cuyo uso se amenaza; y es impropia, cuando la autoridad con que se amenaza fue simulada por un particular con el fin de infundir temor. Siempre queda subsistente que la esencia del delito consiste en infundir el temor de un poder público"*.

La verdad sea dicha, y como decíamos al comienzo de este acápite, se trata aquí de una clasificación que no aparece recogida en las actuales legislaciones, en la medida en que se confunden los hechos constitutivos de concusión con infracciones lesivas de la propiedad: Mientras lo que se denomina concusión propia es una pura y verdadera concusión, en los términos y condiciones prevenidos en el actual artículo 140 del Código Penal colombiano, no es menos cierto que la denominada concusión impropia no aparece regulado como tal, esto es, como concusión, en la medida en que, más que afectarse el bien jurídico administración pública, lo que estaría afectando con el actuar así eventualmente patentizado por el particular, a saber, una exacción violenta sobre otro, atentaría o contra la libertad de este último, o bien, a más de la libertad, contra su patrimonio económico. Si lo primero, se trataría de un constreñimiento ilegal (art. 276 C.P.); si lo segundo, estaríamos en presencia de una extorsión (art. 355 C.P., modificado por el art. 32 de la Ley 40 de 1993).

---

[290] Soler, Sebastián. *Op. Cit.* Págs. 216-217.

[291] Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial.* Volumen 5. Editorial Temis. Bogotá. 1993. 4ª ed. Pág. 115.

2.2. CONCUSIÓN EXPLÍCITA Y CONCUSIÓN IMPLÍCITA.

Superando tal distinción, CARRARA[292] explica la diferenciación entre concusión explícita y concusión implícita en los siguientes términos:

> "Pero un verdadero oficial público puede realizar sobre un particular extorsión de dinero, o de modo manifiesto, amenazando que abusará de su poder si no se le entrega una suma, o de modo oculto, engañándolo, al hacerle creer que este dinero le es verdaderamente debido. De aquí se origina la subdivisión de la concusión propia en implícita y explícita. Es explícita cuando el oficial amenaza con un acto de poder que reconoce injusto, como el que amenaza con arresto, con orden de comparecencia, etc., si no se le da dinero. Y es implícita si el oficial le hace creer al particular que está debiéndole una suma que no se le debe, como cuando el recaudador aumenta las cifras en los cobros de impuestos, o un secretario, u registrador, u otros, exigen una suma indebida o superior a la debida.
> En ambos casos hay abuso de autoridad por fines de lucro, pero mientras en el primero el abuso es manifiesto, y en el segundo es oculto. En ambos casos el particular paga injustamente, metu publicae potestatis [por miedo al poder público]; sólo que en el primero sabe que se está cometiendo un abuso, y en el segundo lo ignora..." (Subrayas fuera del texto).

Lo que es claro, en uno y otro caso, según CARRARA[293], es 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 el oficial público"*[294].

Lo dicho en precedencia amerita la formulación de dos reflexiones adicionales:

2.2.1. La primera, que se trata aquí de una clasificación que presenta gran acogida en la doctrina nacional[295], según la cual la concusión explícita ocurre cuando

---

[292] Ibídem, pág. 119.

[293] Ibídem, pág. 130.

[294] En ése mismo sentido se pronuncia Soler cuando escribe:

"Otra diferencia importante suele hacerse, distinguiendo la concusión explícita y la implícita. La primera consiste en la exacción lograda venciendo la voluntad de un sujeto, mediante coacción; se dá la segunda, cuando el autor procede induciendo en error al contribuyente. En la concusión explícita, dice CARRARA, el funcionario amenaza abiertamente con un acto de autoridad que reconoce injusto; en el segundo el abuso está oculto. En ambos casos el sujeto pasivo procede metu publicae potestatis; pero mientras en un caso sabe que es expoliado, en el segundo lo ignora".

Soler, Sebastián, *Op. Cit.*, pág. 217.

[295] Así: **Bernal Pinzón, Jesús,** *Op. Cit.*, pág. 68.

- **Pérez, Luis Carlos.** *Derecho Penal: Partes General y Especial.* Tomo III. Editorial Temis. Bogotá. 1984. Págs. 258-259.

- **Arenas, Antonio Vicente.** *Comentarios al Código Penal Colombiano: Parte Especial.* Tomo II. Editorial Temis. Bogotá. 1989. Reimpresión de la sexta edición. Pág. 43.

el servidor público constriñe a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos; al paso que la concusión implícita se presenta cuando el funcionario, en vez de amenazar a las claras, emplea, abusando de su calidad, artificio o engaño para inducir en error a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos. En la primera, la exigencia es manifiesta, expresa, de tal manera que la exacción ilegal se logra venciendo la voluntad de la víctima mediante coacción por temor al abuso de la autoridad, al paso que en la segunda la exigencia es oculta y la exaccción se logra induciendo en error[296].

Recordando la diferencia existente entre estas modalidades concusionarias, la Corte Suprema de Justicia, en proveído de Marzo 23 de 1994, con ponencia del Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, expresó:

> "Con este planteamiento muestra el actor un desconocimiento del tipo de la concusión, dentro del cual se exige no solamente una amenaza o colectiva imposición, sino que en su forma implícita comprende aquellos casos en que el desleal funcionario logra someter la voluntad del ofendido mediante la inducción o la simple solicitud de dinero o la indebida utilidad, a condición, claro está, de que el particular proceda por el temor que le inspira la investidura o el ejercicio funcional del inescrupuloso servidor, y no por otra causa"[297].

Por ello, en líneas generales, puede decirse que mientras el constreñimiento al que alude como primer verbo rector esta figura delictual, realiza la concusión explícita, la inducción -segundo verbo rector- alude a la concusión implícita; y que, por su parte, la solicitud -tercer verbo rector previsto en este tipo- puede reportar la exteriorización de una u otra variante, según la forma, condiciones y circunstancias en que se realice, así como las calidades o relaciones existentes entre los

---

[296] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Manual de Derecho Penal Especial.* Universidad de Medellín. Medellín. 1985. 2ª ed. Pág. 90.

[297] Ya en providencia de Febrero 25 de 1991, con ponencia del Dr. Dídimo Páez Velandia, la Corte Suprema de Justicia se había pronunciado a ese mismo respecto, señalando:

"La concusión -que en un principio se confundió con el cohecho- es la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado, consiste en un abuso de autoridad que suscita en la víctima un temor o también un error que la determina a dar o prometer algo que no debe. Por tanto, son elementos esenciales de este delito: El abuso de poder -que es el medio- y la entrega o la simple promesa de dinero o cualquiera otra utilidad, que es el fin... Pero el abuso de autoridad constituido por la exigencia arbitraria no solo es aquél que entraña la concreta ejecución de una amenaza injusta, sino toda otra manifestación del funcionario o empleado público que influye en la voluntad de la víctima para inducirla a prometer o entregar lo que se le pide sin causa legal. En este último evento, basta el temor genérico que la autoridad suscita en el ánimo de quien acepta la exigencia injusta. De ahí que haya una concusión explícita constituida por el empleo de medios claramente coactivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo del delito; y otra concusión implícita que consigue igual resultado, pero mediante un exceso de autoridad que va latente y oculto en la demanda del funcionario. En el primer caso, se amenaza abiertamente con un acto de poder, en el segundo se obtiene la dádiva en forma sutil y fina, debida al habilidoso abuso de funciones que se ponen en juego (auto. 25 de Mayo de 1948, G.J. Números 2066-2067. Págs. 100 y ss)". (Subrayas fuera del texto).

sujetos (activo y pasivo) en ella involucrados. Dicho de otra manera, teniendo en cuenta las condiciones objetivo-subjetivas que eventualmente rodeen ese acontecer, se tendrá que la solicitud podrá significar una concusión explícita o, en su caso, una implícita: Por ello, no compartimos nosotros el criterio de PÉREZ[298] para quien la solicitud, junto con la inducción, realiza la concusión implícita, toda vez que consideramos que, en algunas oportunidades, la solicitud puede representar la más explícita de las concusiones.

2.2.2. Y la segunda, íntimamente vinculada con todo lo expuesto en precedencia dentro de este apartado, que tanto en la concusión explícita como en la concusión implícita, es necesaria la mediación del "metus publicae potestatis", vale decir, que lo que se erige en instrumento de presión ante la víctima, por parte del servidor, es el temor a sufrir las consecuencias dañosas derivadas de un acto de autoridad eventualmente exteriorizado por el victimario, por la no atención y satisfacción de sus requerimientos, según lo ha reconocido expresamente la doctrina y la jurisprudencia, no sólo a nivel comparado[299] sino, también, a nivel nacional[300].

---

[298] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 258-259.

[299] Simplemente por vía ilustrativa, y con miras a resaltar la estrecha relación que media entre la concusión implícita y el "metus publicae potestatis", cabría resaltar que comentando el artículo 317 del Código Penal Italiano, en sentencia de 6 de Diciembre de 1994, ratificada en Marzo 8 de 1995, la Corte de Casación Italiana, en esencia y a este respecto, anotó:

"Il metus publicae potestatis, che qualifica il delito di concussione non è escluso dalla trattativa intercorsa sulla somma da versare tra il privato e il pubblico ufficiale; infatti essa è legata all'insorgere ed al perdurare dello stato di soggezione del privato, che cerca di riportare il minor danno possibile. Il discrimine tra la corruzione e la concussione è dato dal modo con il quale si determina la volontà del privato, ossia liberamente o per effetto del metus publicae potestatis; pertanto, non rileva che il privato stesso abbia predisposto fondi occulti, per corrompere poi i pubblici ufficiali, se vi sia stata coartazione della sua volontà. (Fattispecie in cui è stato ravvisato il delito di concussione, benchè il privato avesse costituito fondi neri di importo ingente, onde procedere ad una capillare opera di corruzione)".

La reseña correspondiente a esta sentencia puede ser localizada, vía internet, a través de la página de "repertorio-on-line", en la siguiente dirección: www.users.iol.it/robloz/index.htm

Adicionalmente, pero ya en otro sentido, en aras de establecer la estrecha e indisoluble relación que media entre el *"metus publicae potestatis"* y la denominada concusión implícita, podríamos decir con fundamento en Soler que

"Mientras nos hallamos en los términos de la concusión implícita, puede ser verdad que el sujeto ignore que paga algo indebido; pero si la figura tradicional de la concusión está construida sobre el metus publicae potestatis, es indudable que no podrá negarse que hay concusión cuando el sujeto sólo por miedo paga, aunque sepa o sospeche –como generalmente ocurrirá- que no debe realmente lo que se le exige. Lo que importa no es el estado de la inteligencia de la víctima sino el de su voluntad" (Subrayas fuera del texto: *Op. Cit.* Pág. 220).

[300] A más de lo que anteriormente decíamos al respecto con apoyo en los trabajos de Manzini y de Carrara (cfr. Molina Arrubla, Carlos Mario. "Concusión implícita y "metus potestatis"" en *Revista de Derecho Penal*, No. 11, Febrero-Marzo de 1999, Santafé de Bogotá, Págs. 77-86), cabría significar que en múltiples oportunidades la Corte Suprema de Justicia se ha ocupado de esta temática y, de manera específica, de la significación y trascendencia que el elemento "metus publicae potesta-

tis" comporta para la estructuración de esta figura delictual, de las cuales cabría resaltar las siguientes:

a) Providencia de Septiembre 30 de 1980: MP Luis Enrique Romero Soto: *"Ciertamente existe una modalidad de concusión que puede llamarse implícita por cuanto el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, pero los emplea de tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u omite lo que el funcionario pretende pueda resultar perjuicio en su contra. Ciertamente en tales oportunidades se evidencia que el comportamiento de la víctima está determinado por el "metus potestatis", es decir, el temor o la perturbación que en su ánimo produce el poder del funcionario.*

Pero tiene que haber en el comportamiento de éste algo que ponga de presente que está usando su autoridad para determinados fines reñidos con la función pública que desempeña. En otras palabras: que está presionando a la víctima en determinado sentido y por medio de encubiertas amenazas de usar en contra de ésta la potestad de que está investido.

Si este elemento no aparece en forma suficientemente clara, no existe la concusión implícita o encubierta y se corre el riesgo de que cualquier palabra o comportamiento del funcionario puedan ser tomados como delictuosos, creando una amenaza de denuncia penal en su contra y con grave mengua para la independencia con que deben obrar quienes son órganos de la administración pública" (Subrayas fuera del texto).

b) Providencia de Julio 31 de 1984: MP. Fabio Calderón Botero:

"No solo cuando el empleado constriñe puede cometer concusión, sino también cuando induce a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier utilidad indebidos, o cuando simplemente los solicita. De suerte que basta pedirlos, sin apremio o compulsión alguna, para que se configure el delito. Es una forma de concusión implícita o encubierta porque parte del supuesto lógico de que toda solicitud de dinero no debido, por parte de un empleado oficial, es obligante por sí misma, es decir, comporta constreñimiento".

(Subrayas y negrillas fuera del texto).

c) Providencia de Marzo 19 de 1987: MP. Lisandro Martínez Zúñiga:

"El bien jurídico objeto de tutela en el delito de concusión, es el de la Administración Pública, por tanto, para que se vulnere debe actuarse ilícitamente en su nombre y para que esto se logre impera que la calidad que se detenta se exteriorice, pues es la autoridad del agente la que hace que el sujeto pasivo se sienta intimidado y tema que si no hace u omite lo que el funcionario pretende, pueda resultar un perjuicio en su contra. El comportamiento de la víctima está determinado por el "metus potestatis", o sea, el temor a la perturbación que en su ánimo produce el poder del empleado oficial y si la víctima no tiene conocimiento de que quien hace la ilegal exigencia, por ejemplo, es funcionario, no es entendible que en ella surja ese temor.

Esta confusión lleva al casacionista a atomizar el delito y a analizar independientemente cada "elemento" dejando de lado la dinámica que conlleva en su complejidad monolítica. Así, el delito de concusión encierra una duplicidad de comportamientos ejecutados por el autor de una parte y de otra, por la víctima, los cuales necesariamente deben coexistir para que puedan estructurarse el delito y no és posible deslindarlos en la forma como lo plantea el libelista.

El funcionario público debe "abusar de sus funciones o de su cargo" y para hacerlo debe actuar conociendo su calidad y valiéndose de ella para constreñir, inducir o solicitar a la víctima a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad indebidos; entonces, el agente no puede actuar presentándose como particular, sino como empleado oficial, pues si simula la calidad o no la exterioriza, comete un delito de extorsión y no el de concusión, al no valerse de su poder estatal para obtener el fin ilícito y por tanto la víctima no accede a lo exigido por temor a la autoridad, sino por motivos diferentes.

De acuerdo con la tesis del recurrente, se debería aceptar que existe delito de concusión cuando la víctima cree que es constreñida, inducida o que le hace solicitud un funcionario público cuando en realidad el victimario no lo es y por ende, no se ha abusado del poder ni se ha vulnerado el bien jurídico de la administración pública, lo cual sería absurdo" (Subrayas y negrillas fuera del texto).

d) Providencia de Febrero 15 de 1989: MP. Lisandro Martínez Zúñiga.

"Estos delitos contra la administración pública se excluyen entre sí y ni siquiera es posible recurrir al denominado "conflicto aparente de normas o de tipos penales", pues la descripción de estas conductas implican comportamientos subjetiva y objetivamente diferentes.

De conformidad con el artículo 140 del C.P. existe Concusión cuando el empleado oficial abusa de su cargo o de sus funciones para constreñir o inducir a otro a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite.

En el Cohecho Propio el empleado oficial "recibe" dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales y en el impropio, "acepta" esos beneficios por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones.

De la comparación de estas descripciones típicas se colige, que en cualquiera de las modalidades concusionarias tiene que haber en el sujeto activo algo que pone de presente que está usando de su autoridad para determinados fines reñidos con la función que desempeña suscitando en la víctima el "metus potestatis" que lo hace plegarse a la voluntad del agente.

En el cohecho el "metus potestatis" está lejano de la presunta víctima, quien conociendo el poder del funcionario pretende que retarde u omita un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales o simplemente para que cumpla con sus funciones, para lo cual da u ofrece dinero u otra utilidad al empleado oficial, infringiendo, también, la ley penal.

El cohecho no puede ser al mismo tiempo víctima de concusión: si bien no en todos los casos puede afirmarse que sea determinante precisar de quién viene la iniciativa para dilucidar si una conducta es típica de concusión o de cohecho, como lo afirmó esta Corporación en providencia de Octubre 30 de 1980, lo cierto es que en la concusión la víctima actúa determinada por la perturbación que en su ánimo produce el poder del empleado oficial, del cual teme se emplee en su contra.

Aún en la "Concusión Implícita", llamada así por cuanto el sujeto pasivo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, los emplea en tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u omite lo que el funcionario pretenda, pueda resultar un perjuicio en su contra" (Subrayas y negrillas fuera del texto).

e) Providencia de Julio 5 de 1989: MP. Jorge Carreño Luengas (reiterada en Marzo 29 de 1990 por el mismo ponente):

"El delito de concusión que tipifica el art. 140 del Código Penal es un abuso de autoridad del empleado público que suscita en la víctima un temor o también un error que la determina a dar o prometer al funcionario algo que no debe.

En la concusión, el funcionario corrupto hace valer el constreñimiento, la inducción o la solicitud como un medio intimidativo, para infundir en la víctima un temor, una alteración de ánimo, el "metus publicae potestatis", que la lleva a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad no debidos" (Subrayas fuera del texto).

f) Providencia de Marzo 25 de 1993: MP. Juan Manuel Torres Fresneda:

"Dentro de este entendimiento, bien resultan citados por el a-quo y no deformados como lo acusa el casacionista los criterios de la Corte cuando en ocasiones precedentes y refiriéndose a la Concusión Implícita afirma que si ... "el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, pero los emplea de tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u

3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Qué antecedentes ha tenido, a nivel de las codificaciones penales precedentes, el tipo penal de la concusión? Remitámonos a los Códigos Penales de 1890 y de 1936, en orden a establecer cuál era el tratamiento que esta figura recibía en tales normatividades:

3.1. EL CÓDIGO PENAL DE 1890.

El Código Penal colombiano de 1890 –implementado por la Ley 19 del 18 de Octubre de ese año- se ocupaba, en Capítulo Tercero del Título Décimo (relativo este último a los "Delitos de los empleados públicos en ejercicio de sus funciones y de los particulares relacionados con el ejercicio de dichas funciones"), de las "Extorsiones, estafas y vejámenes cometidos por los empleados públicos", en los artículos 495 a 504, sin referencia expresa a la concusión, siempre que, como dice el profesor LUIS CARLOS PÉREZ[301], tal denominación sólo se adoptó a partir del proyecto de 1912, toda vez que las legislaciones anteriores denominaban extorsión al hecho de exigir o hacer que se exigieran indebidamente contribuciones, impuestos, derechos o rentas públicas, bien en beneficio de la administración o para que el empleado las malversara o usurpara, no importando el destino dado a las cosas exigidas: En caso de su utilización por parte del funcionario, la pena establecida por el Código Penal de 1890 no solo consistía en el pago del duplo de lo exigido, sino, además, presidio de uno a cuatro años.

3.2. EL CÓDIGO PENAL DE 1936.

Ya en el Código Penal de 1936, en gran parte inspirado –especialmente en punto de los delitos contra la Administración Pública- en el Código Penal Italiano de 1930, aparece la concusión como una forma delictual autónoma, consagrada en

---

omite lo que el funcionario pretende, pueda resultar un perjuicio en su contra... en tales oportunidades se evidencia que el comportamiento de la víctima está determinado por el metus potestatis, es decir, el temor a la perturbación que en su ánimo produce el poder del funcionario" (sentencia de Septiembre 30 de 1980, Magistrado Ponente Dr. Luis Enrique Romero Soto).

En el mismo sentido, y sin respuesta del casacionista procede con la doctrina insistir en que "si se trata de la concusión por abuso del cargo o de la investidura, no se requiere que el hecho sea ejecutado en desarrollo de la competencia funcional del agente del delito. Lo que es objeto de reproche por la ley en este evento, es la indebida utilización de la preeminencia que conlleva el cargo público y el poder intimidante que a su abusiva manifestación resulta, para demandar de otro una exigencia a que no está obligado. El abuso del cargo se convierte en medio eficaz para que la coacción a través de la cual el sujeto constreñido, ante el temor del desempeño arbitrario de la autoridad, accede a la prestación indebida. Se deduce entonces una intrínseca relación entre el abuso de la investidura, el constreñimiento y la exigencia ilícita" (sentencia de Febrero 3 de 1987, Magistrado Ponente, Dr. Jaime Giraldo Angel)".

[301] Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal. Partes General y Especial.* Tomo III. Editorial Temis. Bogotá. 1984. Pág. 255.

cuatro artículos, identificados con los números 156 a 159, en el Capítulo Segundo del Título Tercero, relativo, este último, a los delitos contra la Administración Pública.

A partir de tal reglamentación, la doctrina reconocía cuatro formas de concusión: propia; constreñimiento o inducción para obtener el pago de impuesto no debido (que es, en gran medida, lo que en otras legislaciones se conoce como "exacción ilegal"); concusión en favor de la Administración y concusión por error ajeno. Para los efectos ilustrativos pertinentes, cabría recordar que era el siguiente el texto literal de las correspondientes disposiciones:

> "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 cualquier otra utilidad, incurrirá en prisión de uno a seis años.
> 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.
> 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.
> 159. 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 meses a dos años y en multa de diez a mil pesos".

Si confrontamos la reglamentación contenida en el Código Penal de 1936, con la actualmente vigente, tendríamos que arribar a las siguientes conclusiones:

- Primera, que la concusión propia quedó expresamente acogida en el artículo 140 del Código Penal (modificado por el artículo 21 de la ley 190 de 1995), particularmente en la parte inicial del correspondiente tipo penal, cuando se alude a los verbos constreñir e inducir, como las variantes comportamentales a través de las cuales puede materializarse la figura en comento.

- Segunda, que al igual que la anterior, las formas implícitas de la concusión, referentes al constreñimiento o inducción para obtener el pago de impuesto no debido (que, como se dijo, es lo que en otras legislaciones se conoce propiamente como "exacciones ilegales"), así como la concusión en favor de la administración, quedaron expresamente acogidas en el actual artículo 140 del Código Penal, parti-

cularmente cuando de manera altamente técnica la disposición señala que también se verificará la conducta típica cuando el beneficio indebido derivado de la misma, sea para un tercero.

- Y tercera, que la concusión por error ajeno ha pasado a tomarse, de manera más técnica y apropiada en nuestro sentir, como un peculado por error ajeno, a tenor de lo dispuesto en el artículo 135 del Código Penal: Las razones en su momento expuestas para justificar el hecho de que ese comportamiento se considerase como una forma de peculado (como lo hace el artículo 135 del Código Penal actualmente vigente) y no como una variante de concusión (como lo hacía el Código Penal de 1936), vuelven a ser aquí operantes y aplicables, y por eso a ellas remitimos.

3.3. EL CÓDIGO PENAL DE 1980.

Según viene de verse, en el Código Penal de 1936 se trataba -especialmente a nivel de la entonces denominada concusión propia- de una variante delictual que admitía una forma alternativa de materialización, bien fuera a través del "constreñimiento", bien fuera a través de la "inducción", con lo que era claro que la legislación nacional acogía sin ambages la distinción doctrinal, trazada casi que desde el derecho romano, entre concusión explícita y concusión implícita.

Es, entonces, en el seno de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal que presentase sus conclusiones en el año de 1974 en donde, por vez primera, se hace alusión a una tercera posibilidad de patentización para la concusión, al visualizarse la posibilidad de acriminación de un tercer verbo, cual era el de "solicitar", tal como puede ello constatarse en el Acta No. 82, correspondiente a la sesión del día 29 de Octubre de 1973[302], en que llevaba la palabra el profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA[303]:

> "En cuanto al Capítulo Segundo, que trata de la Concusión, ya se explicaron las razones por las que denominada concusión por error ajeno debe pasar a hacer parte del capítulo anterior. Por lo demás, se crean dos formas nuevas de concusión: una cuando el sujeto activo solicita dinero, dádivas o cualquier otra utilidad por acto que deba realizar u omitir en ejercicio de sus funciones, y otra cuando el sujeto activo constriñe o induce a persona que le está jerárquicamente subordinada a dar o prometer cosa semejante, aberrante y frecuente corruptela esta

---

[302] *Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Parte Especial.* Volumen II. Colección Pequeño Foro. 1981. Pág. 104.

[303] Por mero recuento histórico, cabría rememorar que de tal comisión redactora del anteproyecto de Código Penal formaron parte personalidades de la talla de Jorge Enrique Gutiérrez Anzola (Presidente), Federico Estrada Vélez (Vicepresidente), Hernando Baquero Borda, Bernardo Gaitán Maecha, Hernando Londoño Jiménez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Rafael Poveda Alfonso, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez y Darío Velásquez Gaviria. Como secretarios de tal entidad oficiaban los Dres. Jaime Bernal Cuéllar, Antonio Cancino Moreno y Servio Tulio Ruiz.

última de que son víctimas los empleados de funcionarios inescrupulosos".

En la medida en que, como es ello conocido, no quedaron actas de los trabajos adelantados por la Comisión Redactora del año de 1976, y que, a su turno, no hubo mayor debate al interior de la Comisión Revisora de 1979[304], habremos de predicar que, tal, fue el origen de esa tercera variante de realización de la concusión, a través de la mera solicitud. De allí, entonces, que en el momento actual el artículo 140 del Código Penal (con las modificaciones al mismo introducidas por la ley 190 de 1995, en donde sólo se produjo una modificación de la pena imponible), conjugue el siguiente tenor literal:

> ART. 140. CONCUSIÓN- "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 mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal".

y que, con arreglo a tal previsión normativa, podamos nosotros practicar dos ejercicios mentales en relación con tal figura: De un lado, diferenciar los correspondientes elementos estructurales: y, del otro, caracterizar este tipo penal desde el punto de vista dogmático.

3.3.1. *ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA.*

En esencia, la concusión se estructura sobre la base de los siguientes elementos estructurales:

- Sujeto activo calificado: servidor público
- Elemento normativo: abuso del cargo o de la función
- Núcleo del tipo: verbo rector
* Alternativo: constreñir, inducir, solicitar
* Compuesto: a alguien a dar o prometer, al servidor o a tercero
- Nexo causal entre el verbo rector y el resultado sicológico
- Elemento normativo (objeto material): dinero o utilidad indebidos

Tal esquema es, precisamente nos permite sostener una primera aproximación con la imagen rectora de esta forma delictual, en los siguientes términos:

3.3.1.1. Que el sujeto activo ostente la calidad de servidor público, que es, precisamente, el elemento que le da la calidad de propio o especial a este tipo penal.

3.3.1.2. Que ese servidor público abuse, bien de su cargo, bien de sus funciones: o se abusa del título oficial (la calidad de servidor público) o se abusa de las funciones inherentes al mismo.

---

[304] Cfr. *Actas del Nuevo Código Penal Colombiano...* Págs. 297-298 (acta No. 14).

3.3.1.3. Que sobre la base del abuso del cargo o de sus funciones, ese servido público constriña, en términos generales, a otra persona, a dar o prometer algo a funcionario o a un tercero.

3.3.1.4. Que, en atención al constreñimiento del cual ha sido objeto, se cree en el sujeto pasivo un vínculo obligacional con el agente delictual, por razón del cual llegue a la conclusión (a nivel intelectivo), de que efectivamente debe o tiene que dar o prometer lo que el servidor público le exige, que es lo que en términos generales se concibe como el "metus publicae potestatis" o el miedo, el temor a la autoridad (en tanto a lo que ella, de manera desviada y reñida con sus funciones reales, puede hacer en contra del sujeto pasivo de la infracción, al no haber accedido ésta a los designios del victimario).

Dicho sea de paso, no es necesario, conforme a la redacción actual de la norma, que a partir de la exacción violenta de la cual ha sido objeto, el sujeto pasivo de la infracción materialice un acto disposicional en favor del agente, como que no exige la norma de la actualización de la fase de agotamiento del respectivo "iter criminis" -tal como habrá de ser ello examinado en párrafos posteriores-: basta, pues, con la creación del vínculo obligacional a nivel del sujeto pasivo, derivada del constreñimiento o inducción o solicitud indebidas del agente, para la consumación del delito.

3.3.1.5. No sólo debe mediar ese nexo causal entre el actuar del agente sino que, aún más, debe operar un orden lógico entre el constreñimiento y la creación del vínculo obligacional (lo primero, ejecutado por el sujeto activo; lo segundo, conjugado por el sujeto pasivo): Si el sujeto pasivo ha llegado de manera autónoma o por error a la convicción de que debe entregar algo al servidor público, cuando en realidad no debe hacerlo, no estaremos frente a una concusión, como que nada ha tenido que ver el servidor público en la creación de tal resolución intelectual en quien entrega o promete el bien, sino, quizá, en un peculado por error ajeno (siempre que se satisfagan los demás elementos estructurantes de esta figura delictual) o, en algunas otras hipótesis, como cuando dentro del catálogo de funciones del servidor no figura la de recibir bienes, en un aprovechamiento de error ajeno, según las previsiones normativas contempladas en el artículo 361 del Código Penal (bajo el entendido de que, en algunas casos, en atención a su cuantía, y por razón de lo previsto en el numeral 17 del artículo 1º de la ley 23 de 1991, puede revestir la forma de mera contravención).

3.3.1.6. No estará demás decir que, en todo caso, debe permanecer subyacente el denominado "metus publicae potestatis", no solo como elemento estructural y diferencial de la concusión, sino como esencial a sus variantes, esto es, tanto en la explícita como en la implícita, según se dejó ello visto en páginas precedentes.

3.3.2. *CARACTERIZACIÓN DEL TIPO PENAL.*

Desde el punto de vista dogmático, podemos caracterizar este tipo penal de la siguiente manera:

3.3.2.1. Es un tipo penal propio o especial, habida cuenta la exigencia de la calidad de servidor público, radicada en cabeza del sujeto activo, como elemento constitutivo del tipo[305].

3.3.2.2. Es un tipo penal pluriofensivo, en la medida en que su materialización no solamente se afecta la Administración Pública –en tanto bien jurídico tutelado- sino, también, la libertad y, eventualmente, el patrimonio económico del sujeto pasivo de la infracción.

En efecto, la concusión es uno de aquellos tipos penales que, como muchos otros de los que atentan contra la Administración Pública, presenta la particularidad de ofender varios intereses jurídicos: En primer lugar, objeto jurídico de la concusión es el interés de la Administración Pública para que los funcionarios públicos ejerciten sus funciones en forma normal, o mejor, en la forma y modos previstos en las respectivas normas que reglamentan sus funciones, de tal suerte que ese interés se ofende con el abuso por parte del funcionario, ya sea de sus funciones, ya sea simplemente de su calidad o condición, ejercitados ellos para perseguir una utilidad o ventaja indebidos. Empero, igualmente, con la acriminación de la concusión se tutela el interés de terceros, el mismo que se concreta en la libertad que deben poseer para disponer libremente, y, desde luego, conscientemente, de su patrimonio. Dicho interés, como es fácil apreciarlo, se ofende por la conducta del funcionario al constreñir o inducir al tercero a la prestación patrimonial indebida[306].

3.3.2.3. Es un tipo formal, en la medida en que no es necesaria la producción de resultado material alguno, esto es, que no se requiere la verificación de resultado alguno en el mundo fenoménico para su configuración, bastando con la mera conducta del agente delictual, obviamente, a condición de que se produzca alguna suerte de resultado sicológico en la víctima (la creación del vínculo obligacional).

Este parecer es el que nos obliga a precisar un poco las opiniones de ARENAS, en el sentido de que es esta una infracción que se consuma con el solo acto de constreñir o de inducir a alguien a dar o prometer, aunque no se obtengan la dádiva ni la promesa[307]. A nuestro modo de ver, no basta tan solo con que se actualice el constreñimiento, la inducción o la solicitud para que se configure una concusión, sino que es menester, adicionalmente, que ello se haga dentro del marco del "metus publicae potestatis" y que, finalmente, reporte como consecuencia la producción de un resultado sicológico en la víctima.

Bajo esta forma de razonar, si el particular es constreñido o inducido a dar o prometer y se niega a lo uno o a lo otro, bien podría estarse dentro de los límites de un mero conato de concusión, eventualmente por inidoneidad de los sujetos (la

---

[305] De igual parecer es **Bernal Pinzón, Jesús:** *Op. Cit.* Pág. 60.

[306] Así se pronuncia **Bernal Pinzón, Jesús:** *Op. Cit.* Págs. 59-60.

[307] **Arenas, Antonio Vicente.** *Op. Cit.* Pág. 45.

víctima no se sintió siquiera intimidada ante el poder que exhibía el victimario) o de los objetos (por inidoneidad de los medios empleados bien para comunicar el constreñimiento –entendido el vocablo en sentido genérico-, bien por inidoneidad intimidativa de los medios empleados). En una palabra, no es que no se requiera de la producción de ningún resultado en orden de la configuración de esta forma delictual, sino que, no requiriéndose la verificación de un resultado material, sí se requiere en el ámbito síquico en el sujeto pasivo de la infracción.

Dentro de este contexto, según creemos, debe ser entendido el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, que en auto de Junio 24 de 1986, con ponencia del Dr. GUILLERMO DÁVILA MUÑOZ, dijo a este respecto:

> "De manera que si, como en el presente caso, la exigencia del dinero se hizo en Tulcán, el conocimiento del delito corresponde a la ley colombiana. Pues el ilícito se consuma en el momento mismo del constreñimiento o de la inducción, ya que se trata de un delito formal que se agota con el solo acto de la exacción ilegal".

3.3.2.4. Es un tipo penal de peligro, siempre que no requiere para su consumación de la causación o verificación de un perjuicio efectivo, sino meramente potencial[308].

3.3.2.5. Es un tipo penal alternativo y compuesto: Lo primero, porque son varias las hipótesis comportamentales a través de cuya materialización puede consolidarse la exteriorización de la figura, esto es, las de constreñir, inducir y solicitar[309]; y lo segundo, porque lo que se sanciona no es el mero constreñir, ni el inducir como tampoco el solicitar, sino que ello se haga por parte del servidor público, abusando de su cargo o de sus funciones, esto es, amparado en el "metus potestatis", para la obtención de algo indebido.

4. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

4.1. ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

4.1.1. *LOS SUJETOS.*

4.1.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Sujeto activo de esta infracción, sabemos ya, es el servidor público, concepto este que debe ser ya suficientemente conocido para esta altura, pero que, en todo caso, debe ser entendido en los términos del artículo 63 del Código Penal, con las modificaciones al mismo introducidas por el artículo 18 de la ley 190 de 1995.

---

[308] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 45

[309] En el mismo sentido se pronuncia Moreno Brand:

Moreno Brand, William A. *Derecho Penal Especial.* Wilches Editores. Cali. 1987. pág. 100.

4.1.1.1.1. *CARACTERIZACIÓN DEL SUJETO ACTIVO DE LA CONCUSIÓN.*

Contrario a lo que en un primer momento pudiera pensarse, no basta con que se ostente la calidad de servidor público para que una persona alcance el rango de sujeto activo de esta infracción, como que es menester, además, que constriña (en términos genéricos) al sujeto pasivo, de una manera específica, vale decir, abusando de su cargo o de su función: De esta guisa, a más de la diferencia establecida entre esta figura delictual, y el constreñimiento ilegal de que trata el artículo 276 del Código Penal, o la extorsión del artículo 355 ejusdem, con base en la cualificación del sujeto activo que exige la concusión, hemos de decir que se presenta otra diferencia significativa, a partir de los medios de comisión del constreñimiento, como que en la concusión resultan ser cualificados, ya que aquél tiene que presentarse, de manera específica, a través del abuso del cargo o de la función observado por el agente delictual; al paso que en el constreñimiento ilegal, así como en la extorsión tenemos ejemplos de tipos penales de comisión "a forma libre", esto es, que no exigen una forma especial, particular o condicionada de materialización.

Por ello decimos, entonces, que el sujeto activo de la concusión, a más de ostentar la calidad de servidor público -lo que implica la realidad y la actualidad de tal condición-, debe obrar abusando de sus funciones o, cuando menos, de su cargo. Veamos:

4.1.1.1.1.1. *La calidad de servidor público, debe ser real, verdadera*, toda vez que, como ha quedado visto, de no ser ello así, estaremos en presencia de un atentado contra la libertad (constreñimiento ilegal) o, al mismo tiempo, y según sea el caso, tanto contra la libertad como contra el patrimonio (caso en el cual nos desviaremos hacia una extorsión), según ha sido ello consignado ya en párrafos precedentes.

Ahora bien, es claro que si una persona que no cuenta con tal calidad de servidor público, realiza los tipos penales del constreñimiento ilegal (art. 276, CP) o de la extorsión (art. 355, CP), según sea el caso, simulando tener tal cargo, tendremos que remitirnos a temas anteriormente expuestos, como aquellos en que decíamos que el usurpador no incurría en este género de delitos, para proponer, como solución al caso, un concurso efectivo de tipos penales entre ese constreñimiento ilegal o, en su caso, esa extorsión, y la usurpación de funciones públicas (art. 161, CP) o, igualmente en su caso, la simulación de investidura o cargo (art. 163, CP): Tanto la usurpación de funciones como la simulación de investidura, parten del supuesto de que la persona que tal comportamiento ejecuta, con cuenta efectivamente, bien con las funciones, bien con el cargo, por vías de lo cual serán los tipos penales con los que, en principio, se sanciona el actuar del usurpador según se dijo en su momento. No obstante, es claro que al haberse realizado otro tipo penal sobre la base de esa usurpación de funciones o simulación de investidura, deba atenderse la regulación que para el concurso efectivo de tipos penales, contempla el artículo 26 del Código Penal.

Por todo lo anteriormente expuesto, esto es, por las distinciones y extensiones contempladas, no compartimos nosotros la opinión de ARENAS[310], según la cual "si quien constriñe a dar o prometer lo hace simulando investidura oficial, no comete delito de concusión que es infracción contra la administración pública (art. 140), sino extorsión que es hecho punible contra el patrimonio económico (art. 355)", como que, a nuestro modo de ver las cosas, con tal solución se estaría dejando por fuera de consideración la conducta propia de la simulación de investidura oficial, que es, de manera concreta, el primero de los tipos penales que realiza el usurpador, tal como creemos haberlo dejado esclarecido.

Es más: la hipótesis hasta ahora contemplada parte del supuesto de quien así actúa es un particular que, por completo, no cuenta ni con las funciones (por lo que podría incurrir, bajo determinados supuestos fácticos, en la usurpación de funciones de que trata el art. 161) ni con el cargo (por lo cual, bajo las circunstancias fácticas pertinentes, podría incurrir en una simulación de investidura o cargo, en los términos del art. 163). Pero qué sucedería en el caso de la persona que sí es servidor público (esto es, si cuenta con el cargo), pero que no abusa tanto del mismo, como de las funciones atribuidas por ley o reglamento a otra persona, que desempeña un cargo diferente? Allí la solución no estaría dada sobre la base del concurso efectivo de tipos penales entre el constreñimiento ilegal o la extorsión, de un lado, y la usurpación de funciones (que parte del supuesto de que el tipo sea realizado por un particular) o la simulación de investidura o cargo, sino que habría de serlo entre una de las dos primeras figuras (constreñimiento y extorsión) y el abuso de función pública contemplado en el artículo 162 del Código Penal, con todo lo cual se explica el por qué no prohijamos nosotros la posición de ARENAS a este respecto.

4.1.1.1.1.2. *Esa calidad de servidor público, debe ser actual*, es decir, que debe existir al momento de la materialización de la conducta, porque de no ser así, dice BERNAL PINZÓN[311], "no podría ser jurídicamente posible que se abusara de una condición que no se tiene".

En tales hipótesis, esto es, en aquellos casos en que no se tiene, no se cuenta de manera actual con la condición de servidor público, bien porque habiendo sido designado o elegido no se ha posesionado, o porque no ha comenzado el período para el cual fue designado o elegido, o porque el mismo ya se venció, creemos nosotros que, en el evento de presentarse por parte de esa persona un constreñimiento frente a otra, para la obtención de una utilidad indebida, anunciando tal cargo o función (que realmente no se tienen), la solución sería similar a la contemplada en el numeral anterior: Concurso efectivo de tipos penales entre el delito-medio realizado (el que sanciona al usurpador, bajo la forma de una usurpación de funciones, abuso de función o simulación de investidura, en los términos de los

---

[310] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 43.

[311] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 61-62.

artículos 161 a 163 del Código Penal), y el delito-fin (que sería aquél que atentaría simplemente contra la libertad individual del sujeto pasivo, en el constreñimiento ilegal; o aquél que, al mismo tiempo que contra la libertad, atentase contra el patrimonio económico, cual sería el caso de la extorsión).

Por ello, el mismo BERNAL PINZÓN[312] llega a consignar que es necesario que en el momento de la comisión del hecho tenga el agente la condición de funcionario, empleado, etc., toda vez que si el exfuncionario se hace pasar como funcionario y logra una ventaja indebida mediante amenaza, se dará el título de extorsión; lo mismo que si la simulación de la calidad de funcionario la utiliza como medio para inducir a alguien a indebida prestación patrimonial, se dará un delito de estafa.

4.1.1.1.1.3. *El sujeto activo debe abusar de su cargo o de su función.*

A más de la cualificación funcional del sujeto activo de la infracción (el cual, como se ha visto, debe ostentar la calidad de servidor público), exige la norma de una cualificación circunstancial en la conducta, vale decir, que debe operar una especial forma de ejecución para la conducta del agente, como lo es que lo haga abusando de su cargo o de sus funciones: El abuso del cargo o de la función son, en relación con el constreñimiento y la inducción, dice BERNAL PINZÓN[313], medios para lograr el uno o la otra. Representan el medio, pero al mismo tiempo hacen parte de la conducta en sentido estricto.

Ciertamente, como lo propone GÓMEZ MÉNDEZ[314], desde el momento en que el delito de concusión aparece como una modalidad del abuso de autoridad, puede (y debe) decirse que no basta entonces la calidad de servidor público, sino que es necesario el **abuso**, que puede referirse tanto al **cargo** como a la **función**.

Según pareceres expuestos por la HH Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Casación de Julio 31 de 1984, con ponencia del Dr. FABIO CALDERÓN BOTERO,

> "No sólo 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 indebidamente sus límites o se utiliza con fines protervos; y se abusa del cargo, cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que éste pueda tener con una situación concreta que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones"[315].

---

[312] **Bernal Pinzón, Jesús.** *Op. Cit.* Págs. 61-62.

[313] Ibídem, pág. 65.

[314] **Gómez Méndez, Alfonso.** *Op. Cit.* Pág. 73.

[315] Lo que hace todavía más interesante esta providencia, es que la misma fue ratificada, con ponencia del mismo Dr. Calderón Botero, en sentencia de segunda instancia de Marzo 28 de 1985. Y

En este último sentido, es decir, el que hace alusión al abuso del cargo, no es necesario ya que el agente ponga la función al servicio de la actividad punible, sino que le basta destacar ilícitamente la calidad pública de que está investido, como acertadamente lo apunta PÉREZ[316]. Lo que es más, la propia Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Enero 18 de 1983, destacando la relación de causalidad que debía mediar entre el abuso del cargo y el constreñimiento inherente a esta figura delictual, señaló:

> "El tipo de concusión descrito en el artículo 140 del Código Penal, es de sujeto activo calificado (empleado oficial) y exige que el actor realice la conducta en él descrita "abusando del cargo o de sus funciones", lo que significa que no basta que el autor del comportamiento tenga la calidad de funcionario público sino que lo realice excediéndose en el ejercicio de sus actividades oficiales; ha de existir, entonces, una relación causal entre el cargo y las funciones que le son ajenas, y el comportamiento de inducción, constreñimiento o solicitud de dinero o cualquiera otra indebida utilidad"[317].

Es claro, entonces, que el abuso de la cualidad o de las funciones de que está investido el oficial público, constituye un requisito esencial y característico del delito de concusión, no solo a nivel de la concusión explícita sino, también, de la implícita, como que se está aquí en presencia, más que de un elemento, de un presupuesto de esta figura, como que la ley ha atendido aquí al modo como se comporta el servidor público al hacer la exigencia indebida, y no a su conducta posterior, bastando con que se ampare en su cualidad o funciones para constreñir o inducir al sujeto pasivo a la dación o la promesa[318], siendo claro que el abuso de oficio puede referirse tanto a la subjetividad del oficio (cualidad de oficial público) como a su objetividad (ejercicio de las funciones propias del oficio): Mientras lo primero opera por el solo hecho de valerse de la propia cualidad de servidor pú-

---

que esas dos providencias, a su vez, fueron íntegramente acogidas y reseñadas, en proveído de Noviembre 24 de 1987, proferido con ponencia del Dr. Dídimo Páez Velandia.

[316] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 255-256.

[317] En sentencia de Mayo 8 de 1997, con ponencia del Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll, la Corte tuvo oportunidad de analizar un caso concreto que, por vía de ejemplo, sirve para diferenciar el abuso del cargo del abuso de la función:

"En el caso sub judice, el delito de concusión imputado al procesado T.S., lo es por abuso del cargo y no de la función, pues dentro del marco de su competencia como agente de policía no se encuentra solucionar conflictos económicos surgidos en accidentes de tránsito, ni privar a las personas involucradas en ellos de su libertad, como terminó haciéndolo al procurar la entrega del dinero exigido, debiéndose concluir, por tanto, que la actividad concusionaria la cumplió no dentro de la órbita de las funciones que le eran propias, sino prevaliéndose de su condición de miembro activo de la fuerza pública, la que en ningún momento ocultó".

[318] En tal sentido, Manzini:

Manzini, Vicenzo. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo No. 8. Ediar editores, Buenos Aires, 1961, Págs. 212-213.

blico para extorsionar o sonsacar lo indebido, lo segundo se evidencia en el hecho de valerse de las propias funciones para obtener lo indebido, cuando se abusa delictuosamente de las funciones, por parte de aquél que tiene la capacidad de ejercicio legítimo de las mismas[319].

4.1.1.1.2. *CONSECUENCIAS DE LA CARACTERIZACIÓN PRECEDENTE.*

Si tales son los requisitos que debe satisfacer el sujeto activo de esta infracción, a saber, que sea servidor público, calidad de que debe ser cierta y actual, y, del otro lado, que abuse de ese cargo o de las funciones que le han sido asignadas, de cara a la patentización de este tipo penal, son varias las consecuencias que, en el plano estrictamente jurídico-penal, pueden derivarse de tales exigencias o requisitos:

4.1.1.1.2.1. *Puede cometer el delito, un servidor incompetente*, desde el momento mismo en que, como ya es sabido, el abuso puede concretarse en actos o conductas que no entran en la competencia funcional del agente, pero que sí se concretan en un abuso de su calidad o condición: El alcalde de un Municipio es alcalde, ostenta tal calidad, donde quiera que esté, así no pueda ejercer sus funciones como tal en ese lugar; empero, así se encuentre fuera de la circunscripción territorial de su municipio (en donde no puede fungir como tal), es evidente que sí puede abusar de su cargo, para constreñir a alguien a que le dé o prometa darle algo.

4.1.1.1.2.2. *No es necesario que al cometer el hecho el agente se encuentre en ejercicio de sus funciones*, de suerte tal que puede cometer el delito el servidor que invoca tal calidad, aun cuando se encuentre en uso de licencia o permiso, como que según BERNAL PINZÓN[320], es claro que no puede entenderse por pérdida de la calidad o condición de funcionario público el hecho de que el agente esté gozando de una licencia, de unas vacaciones, o cosa por el estilo, ya que tales casos no hacen más que suspender momentáneamente la capacidad para el ejercicio de la función pública; pero sin que el funcionario haya perdido su calidad de tal, pues siempre seguirá vinculado a la administración pública y, por lo tanto, será sujeto de concusión cuando estando en esas circunstancias realiza la figura del artículo que nos ocupa.

Por esta vía es claro que se puede abusar del cargo, sin que necesariamente se abuse de las funciones. Y ello, entre otras cosas, fue puesto de presente por la misma Corte Suprema de Justicia, en proveído de Marzo 25 de 1993, con ponencia del Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, en el cual se indicó:

> "Dentro de este entendimiento, bien resultan citados por el a-quo y no deformados como lo acusa el casacionista los criterios de la Corte

[319] Ibídem, págs. 213-214.

[320] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 62.

cuando en ocasiones precedentes y refiriéndose a la Concusión Implícita afirma que si "...el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, pero los emplea de tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u omite lo que el funcionario pretende, pueda resultar un perjuicio en su contra ... en tales oportunidades se evidencia que el comportamiento de la víctima está determinado por el metus potestatis, es decir, el temor o la perturbación que en su ánimo produce el poder del funcionario" (sentencia de Septiembre 30 de 1980, Magistrado Ponente Dr. Luis Enrique Romero Soto).

En el mismo sentido y sin respuesta del casacionista procede con la doctrina insistir en que "si se trata de la concusión por abuso del cargo o de la investidura, no se requiere que el hecho sea ejecutado en desarrollo de la competencia funcional del agente del delito. Lo que es objeto de reproche por la ley en este evento, es la indebida utilización de la preminencia que conlleva el cargo público y del poder intimidante que a su abusiva manifestación resulta, para demandar de otro una exigencia a que no está obligado. El abuso del cargo se convierte en medio eficaz para la coacción a través de la cual el sujeto constreñido, ante el temor del desempeño arbitrario de la autoridad, accede a la prestación indebida. Se deduce entonces una intrínseca relación entre el abuso de la investidura, el constreñimiento y la exigencia ilícita" (Sentencia de Febrero 3 de 1987, Magistrado Ponente, Dr. Jaime Giraldo Angel).".

4.1.1.1.2.3. *Puede cometer el delito el servidor público que se encuentre fuera de su ámbito territorial de competencia*, lo que no es más que una clara confirmación del criterio según el cual puede realizar este tipo penal, un servidor incompetente, siempre que el factor territorial alude a la competencia. En sentido, cabe recordar que en providencia de Enero 27 de 1981, la HH Corte Suprema de Justicia[321] sostuvo:

"Los límites territoriales de la función son factores objetivos que señalan el ámbito geográfico dentro del cual puede ejercerse, de acuerdo con su naturaleza. Quien la ejerce fuera de ellos, está procediendo abusivamente, como lo hace el que ejecuta actos que no le competen por haber sido atribuidos a otras autoridades.

Pero fuera de esos límites, el funcionario conserva su investidura de tal y aunque sus actos puedan ser afectados de irregularidad y aun de nulidad, de todos modos es un agente del Estado y representa la administración pública".

Y más adelante, en providencia de Febrero 10 de 1981, con Ponencia del Dr. ROMERO SOTO[322], la misma Corporación explicó:

---

[321] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 257.

[322] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 74.

"...la ley sanciona no solo el abuso de la función, sino el del cargo, esto es, el hecho de pertenecer a la administración pública y estar, por lo tanto, investido de autoridad, que es, ante todo poder de actuar y que, a menudo, se traduce en intimidación, o sea en el tan mencionado "metus publicae potestatis". Para que se produzca ese efecto, y por lo tanto, el daño al bien jurídico tutelado, no se requiere, es menester repetirlo, que el funcionario obre dentro de los límites territoriales de su jurisdicción, pues bien puede estar fuera de ella, en tanto se presente como representante de la autoridad".

4.1.1.1.3. *EL TERCERO BENEFICIADO CON LA CONCUSIÓN.*

Desde el momento mismo en que la norma en comento señala que esa utilidad indebida que se pretende obtener como consecuencia de la concusión, puede ser para el mismo agente delictual, "o para un tercero", creemos conveniente analizar, no solo quién puede ser ese tercero, sino también, cuál es la condición o situación jurídica de este último.

4.1.1.1.3.1. *Quién puede ser el tercero.*

Conforme a la redacción imprimida por el legislador a la disposición en comento, puede decirse que tanto la promesa de dar, como la entrega efectiva, pueden ser efectuadas por parte del constreñido, tanto en favor del mismo agente delictual, como de un tercero: Ese tercero, en nuestro sentir, puede ser tanto un particular, como otro servidor público y, lo que es más, la misma Administración Pública, habida cuenta que en páginas precedentes situábamos la idea de que tanto la concusión en favor de la Administración que consagraba el artículo 158 del Código Penal de 1936, había sido acogida, dentro de la nueva codificación (esto es, la actualmente vigente), a nivel del artículo 140, cuando la norma dice que el beneficio obtenido, o por lo menos perseguido, podía ir orientado en favor de un tercero.

Si bien hemos de reconocer que lo hacía con referencia al aludido Código Penal de 1936, digamos que es por lo anteriormente expuesto que no compartimos nosotros el criterio expresado por BERNAL PINZÓN[323], quien, partiendo como nosotros de la premisa de que tanto la promesa como la entrega pueden ser hechas con destino al mismo funcionario o a un tercero, y que por tanto ese tercero podía ser una particular u otro funcionario público, sostenía que ese tercero a que se refiere la ley, no podía ser, jamás, una persona de derecho público, de tal manera –decía el insigne autor- que si el funcionario público, por exceso de celo o por cualquier otra razón, lograba que la administración pública recibiese cosa que no se le debía, cometería un delito de abuso de autoridad o cualquier otro, pero no de concusión.

[323] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 73-74.

4.1.1.1.3.2. *La posición jurídica del tercero.*

Cuál es la posición jurídica que puede llegar a desempeñar ese tercero? Dicho de otra manera: Cuál es el papel que frente a la materialización misma del delito, debe o puede haber observado ese tercero? Podrá tratarse de un tercero relativo, cual sería el caso del cómplice; o tendrá siempre que tratarse de un tercero absoluto, esto es, del que nada tuvo que ver con la realización del tipo, como que no prestó su concurso (consciente), para la patentización del hecho?

Vayamos a analizar cada una de esas situaciones, para que concluyamos cuál es, en definitiva, la posición jurídica de ese tercero:

4.1.1.1.3.2.1. *El tercero absoluto.*

Tercero absoluto, en relación con la ejecución de la conducta propia de la concusión, desde nuestra perspectiva, es la persona que no tiene siquiera conocimiento de la ilicitud, y recibe el producto de la misma: Tal, sería el caso de la persona que, sin saber su procedencia (esto es, la relación que determina la entrega de la cosa en favor suyo por parte de una persona), recibe cualquier utilidad de una persona, sin saber siquiera que esta última ha sido constreñida por otra, a quien el sujeto delictual le ha exigido (bajo coacción), la entrega de esa utilidad al tercero, como cuando el alcalde constriñe al rector del colegio, para que le otorgue un puesto como maestro a uno de sus hijos.

En tales hipótesis, pensamos, se cumple aquí a la perfección el sentido de la norma, como que ese tercero que recibe la utilidad indebida es completamente ajeno al origen de la prestación que se le concede, por vías de lo cual no solo resulta ser absolutamente ajeno al hecho, sino que, por eso mismo, no puede ser penalmente responsabilizado: Ese planteamiento se corrobora, a nuestro modo de ver, cuando se considera la posibilidad de que ese tercero absoluto esté representado por la Administración Pública que, como puede observarse, resulta ser completamente ajena al hecho y, en consecuencia, penalmente no puede ser deducido un juicio de responsabilidad en disfavor suyo.

4.1.1.1.3.2.2. *El tercero relativo.*

Conforme a la terminología que viene siendo aquí utilizada, tercero relativo sería la persona que, sin ser el autor material del hecho, sí ha tenido alguna forma de participación en la ejecución de tal delito, cual sería el caso del determinador, el cómplice o el encubridor. Y, digámoslo de una vez, somos del parecer de que en todos esos casos es perfectamente viable la estructuración de la concusión, bien porque se considere que el provecho fue para sí, bien porque se considere que el provecho fue para un tercero, para efectos de cuya dilucidación habrá de distinguirse si se trataba de un particular, o si se trataba de un servidor público, y, en uno y otro caso, si obraba como determinador, como cómplice o como encubridor:

4.1.1.1.3.2.2.1. El caso de los "*intraneus*" obrando como terceros:

Cuando el servidor público que constriñe a otro para la obtención de esa utilidad indebida, prevalido de su cargo y/o funciones, de lo cual, precisamente, abusa, y reclama para sí el provecho, es evidente que la conducta se estructura como típica de concusión, bajo el supuesto de hecho de lo que la doctrina clásica denominaba la concusión propia, lo que no tendría, a nuestro modo de ver, mayores problemas interpretativos.

Pero creemos que la cuestión sube de punto, cuando el servidor público no reclama ya la utilidad indebida para sí, sino para un tercero, el mismo que, a su vez, observa la calidad de intraneus, en la medida en que él también hace parte de la Administración, al ostentar la calidad de servidor público. En tal caso, la pregunta sería: Ese tercero debe ser considerado como absoluto o como relativo? Y en uno y otro caso, cuál sería el nivel de su responsabilidad penal?

Para resolver tal cuestión, creemos que debe distinguirse cuál ha sido el papel en definitiva cumplido por ese tercero, como que de allí no solo podremos entrar a calificarlo de absoluto o relativo, sino también, lo que es más importante aún, a determinar cuál es el nivel o grado de su responsabilidad penal:

- Si ese servidor público que ha de recibir el beneficio, obró como determinador del servidor público que, a su vez, desarrolló la conducta concusionaria, habremos de decir que es él coautor del hecho, como que lo ha realizado, así ello haya acontecido por interpuesta persona, presentándose así la hipótesis del autor mediato: No solo porque así lo disponga el artículo 23 del Código Penal (como de hecho lo hace este artículo en su primera parte), sino porque ontológicamente es él quien ha realizado el hecho punible (se repite, así haya sido por interpuesta persona), NO puede decirse que sea él un tercero, ni absoluto ni relativo, de suerte tal que habría de entenderse que esta eventualidad estaría estructurando una concusión, bajo los términos de que ha reclamado o exigido él la utilidad indebida para sí, de donde se concluye que NO es, no ha sido él, un tercero frente a la ejecución del hecho: De esta manera, no solo no es él un tercero, sino que debe hacérsele penalmente responsable por el hecho propio, debiendo responder de tal conducta en los términos del artículo 23 del Código Penal.

Por ello, citando un fallo proferido por la HH Corte Suprema de Justicia, MORENO BRAND[324] apunta que en este tipo de delitos es determinador quien logra por cualquier vía idónea (instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, etc.) que otra persona actúe violentamente sobre un tercero o lo induzca a entregarle o a prometerle para sí mismo o para otro, dinero o utilidad indebida, o se lo solicite como resultado de aquella determinación, cual es el caso del citador o el escribiente del juzgado, quien constriñó, con abuso de sus funciones, por medio

[324] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 102.

de la policía a los ocupantes del inmueble allanado abusivamente para que le diesen dinero[325].

- Si ese servidor público que ha de recibir el beneficio, solamente obró como cómplice -entendido el concepto de los términos y condiciones en que lo hace el artículo 24 del Código Penal, como la persona que "contribuye a la realización del hecho punible o presta una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo"-, esto es, que solamente ha colaborado con un primer servidor público que constriñe a alguien para obtener una utilidad indebida, recibiendo este cómplice, en definitiva, tal utilidad, tendremos que concluir que sí observa él la calidad de tercero, si no absoluto, al menos sí relativo, debiendo ser responsabilizado penal, por su actuar como cómplice en la ejecución del hecho, y no tanto por el hecho de que, finalmente, haya sido él el beneficiario de la utilidad.

Sostenemos tal parecer teniendo en cuenta el hecho anteriormente consignado de que, en relación con la concusión, en tanto delito formal y de peligro, se sanciona la mera conducta del sujeto activo del hecho, referida a la consumación del constreñimiento (teleológicamente orientado hacia la obtención de una utilidad indebida), y no a la fase de agotamiento del *"iter criminis"* la que, conforme a la redacción actual de la norma, resulta ser penalmente indiferente. En síntesis, pues, estructurando a cabalidad la concusión en relación con el servidor público que desarrolla la conducta ejecutiva propia de la concusión, quien ha reclamado u obtenido la utilidad indebida para un tercero, se agrega que, en relación con su cómplice, que desde la perspectiva de la ejecución del hecho es un tercero relativo, ha de sancionarse su papel como tal, esto es, como cómplice, con las consecuencias jurídicas que establece el artículo 24 del Código Penal, y no por el hecho de que haya sido él, finalmente, el receptor del beneficio, algo que, tal como está concebida la norma actualmente, aparece como completamente indiferente para efectos jurídico-penales, y particularmente represivos, siempre que, como se ha dicho ya varias veces, lo que se sanciona aquí es la etapa de la consumación, y no la del

---

[325] En providencia de Mayo 23 de 1985, con ponencia del Dr. Alfonso Reyes Echandía, dijo la Corte:

"A N.N. 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 C.P., sino haber logrado que otro realizara tal comportamiento. La determinación puede efectuarse mediante orden, mandato, coacción, consejo, convenio o cualquier otro medio idóneo y tales mecanismos no son necesariamente excluyentes entre sí; de modo que para que exista el fenómeno de la determinación de que trata el art. 23 del C.P. puede haberse acudido indistintamente a uno o varios de aquellos mecanismos.

Tratándose de la determinación de un hecho punible previsto en un tipo penal compuesto -como lo es la concusión-, hay lugar a deducir responsabilidad penal al determinador cualquiera que 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".

agotamiento, tomando como punto de referencia los diferentes estadios del "*iter criminis*".

- Finalmente, si ese servidor público que ha de recibir el beneficio, solamente actúa como encubridor, vale decir, que sin acuerdo previo con el sujeto activo de la infracción, le presta una ayuda posterior, de tal suerte que se pueda entender que con su actuación está ocultando o asegurando el objeto material de la infracción, tendremos que presentar una solución idéntica a la propuesta para el caso de la complicidad del "*intraneus*", a saber: Primero, que es él (y nos referimos al servidor público que funge como encubridor), un tercero relativo, y no absoluto; segundo, que el primer servidor público, esto es, el que verdaderamente aparece como sujeto activo de la infracción, ha materializado una verdadera concusión, al haber reclamado u obtenido el beneficio o utilidad indebidas, para un tercero; y, finalmente, que ese tercero relativo, que actúa como encubridor, ha de ser sancionado como tal, esto es, por encubrimiento por receptación, a tenor de lo normado en el artículo 177 del Código Penal (aún con las modificaciones introducidas por el artículo 7º de la ley 365 de 1997), que es, precisamente, lo que debe y puede serle reprobado, es decir, el hecho de haber prestado esa colaboración posterior, recibiendo la utilidad indebida, a sabiendas de su ilegítima procedencia.

4.1.1.1.3.2.2.2. El caso de los "*extraneus*" obrando como terceros.

Caso diferente al de los servidores públicos actuando como terceros, es el de los particulares obrando como tales, esto es, como terceros, pues que las soluciones en varios casos resultan diferentes, como a continuación se demuestra:

- Habiendo fijado, desde páginas anteriores, nuestra posición en el sentido de que si bien no puede un particular llegar a conjugar la calidad de autor inmediato de uno de estos tipos penales de sujeto activo calificado, no es menos cierto que sí puede llegar, un particular, a observar la condición y calidades propias de un determinador, en la forma en que concibe tal concepto el artículo 23 del Código Penal en su primera parte: No pudiendo un particular ser autor inmediato de uno de estos delitos de sujeto activo calificado, es lo cierto que, perfectamente, puede él asumir las calidades de determinador (esto es, de autor mediato) o, como es obvio, de cómplice.

- En el evento de que ese particular haya obrado como determinador, en relación con un servidor público que, a su vez, desarrolla una conducta concusionaria, habremos de decir que es él coautor del hecho, como que lo ha realizado, así ello haya acontecido por interpuesta persona, presentándose entonces la hipótesis del autor mediato: No solo porque así lo disponga el artículo 23 del Código Penal (como de hecho lo hace este artículo en su primera parte), sino porque ontológicamente es él quien ha realizado el hecho punible (se repite, así haya sido por interpuesta persona). NO puede decirse que sea él un tercero, ni absoluto ni relativo, de suerte tal que habría de sancionarse por lo que él hizo, que no fue otra cosa

que la de obrar como autor mediato de ese hecho punible, debiendo responder como coautor del mismo (se repite, a título de determinador), con lo que él patentiza es una concusión propia, dentro de la terminología de la doctrina tradicional, por haber reclamado u obtenido la utilidad indebida para sí.

- Empero, en el evento en que ese particular haya obrado, ya no como un determinador, sino como un mero cómplice, lo justo será reconocer que el hecho (punible) es ajeno, es de otro, por lo que frente a éste, el particular resulta ser un tercero, específicamente, un tercero relativo: En tal caso, el agente delictual responderá de la concusión por él materializada; al tiempo que el particular que como cómplice ha servido, deberá responder, con fundamento en los artículos 24 y 140 del Código Penal, por una complicidad en una concusión, por lo cual habrá de ser sancionado (y no por el hecho de que haya sido el beneficiario o receptor de la utilidad o provecho que, como sabemos, no es lo que se sanciona en este tipo penal).

- Finalmente, si ese particular obra como encubridor, porque sin acuerdo previo ayuda a ocultar el producto del ilícito, sirviendo de receptor del mismo, se tendrá la siguiente solución: El agente delictual siempre responderá de la concusión materializada; pero el particular responderá como encubridor, en la forma y condiciones prevenidas en el artículo 177 del Código Penal, relativo al encubrimiento por receptación (para efectos de lo cual, admiten ser propuestas las mismas explicaciones y argumentaciones que se trazaban en relación con el "intraneus" que obraba como encubridor).

4.1.1.1.3.3. *La posición jurídica del tercero, en la doctrina.*

Las soluciones que han sido por nosotros propuestas y sustentadas, no son en un todo coincidentes con las expresadas por la doctrina generalizada, no solo porque no son aceptadas muchas de nuestras soluciones, sino porque ni siquiera son contempladas algunas de las hipótesis por nosotros formuladas.

En efecto, baste observar que para MORENO BRAND[326], el problema del tercero siempre ha de resolverse dentro de los parámetros de la complicidad, con lo cual da a entender él que no es siquiera viable el problema del tercero absoluto, cuando asevera que el tercero que concurre a la realización del hecho punible es un cómplice para efectos de acriminación, porque coadyuva a la ejecución de un hecho que pertenece al autor, que no sería otro que el servidor público. Y no podrá tener el carácter de servidor público ya que el título que se requiere para ser autor del hecho no es otro que el de ser servidor público, pero las reglas comunes de participación sin duda alguna le son aplicables.

Igual posición asumen, en nuestro medio, GÓMEZ MÉNDEZ[327] y LUIS CARLOS PÉREZ[328], el primero de los cuales señala que

---

[326] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 98.

[327] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 78.

[328] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 262.

> "Puede en cambio obtenerse la participación de un tercero, que por ejemplo, a título de cómplice preste ayuda al empleado oficial en la formulación de la exigencia, o en la inducción, o en la solicitud al sujeto pasivo para la obtención de la indebida utilidad".

a tiempo que el segundo sostiene que

> "Las terceras personas a quienes el empleado indica para recibir el beneficio son verdaderos cómplices, conforme al art. 24, pues no realizan el constreñimiento ni las demás conductas descritas en la norma, sino que contribuyen a la obra ajena, como es la del empleado".

Nosotros, como ha sido ello expuesto, no solamente consideramos que ese tercero puede ser tanto un tercero absoluto, como un tercero relativo, concibiendo la posibilidad de participación delictual dentro de la concusión tanto a título de determinador, como de cómplice y, lo que es más, de encubridor, sino que, consecuencialmente, consideramos que pueden ser diferentes los grados de responsabilidad penal, como que la deducción del respectivo juicio de censura penal puede deducirse en relación, en unos casos, con la propia concusión, y en otros, de manera autónoma, por vía del encubrimiento.

4.1.1.2. *SUJETO PASIVO.*

4.1.1.2.1. *CONTENIDO GENERAL.*

Pese a que la gran mayoría de los autores nacionales coinciden en afirmar que el sujeto pasivo de esta infracción a la ley penal es el Estado, como titular del bien jurídico de la administración, considerando al particular a quien se hace la exigencia, se le induce o formula la solicitud indebida, como un mero perjudicado[329], nosotros creemos con BERNAL[330], que por sujeto pasivo de un delito debe entenderse el titular del interés tutelado directamente por la norma penal, de tal manera que sujeto pasivo puede ser, por lo mismo, una persona física como una persona jurídica. Por lo tanto, sujeto pasivo de la concusión es, en primer lugar, la administración pública; y en segundo término, la persona inducida o constreñida a dar o prometer.

Lo anteriormente expuesto puede predicarse, precisamente, a partir del carácter de tipo penal pluriofensivo que ostenta la concusión, de un lado, y el respectivo titular de cada uno de los bienes jurídicos afectados con la exteriorización de este comportamiento: En otras palabras, que sin con la concusión se ofenden varios bienes jurídicos, como lo son la Administración Pública, en primer término (del cual es titular el Estado); la libertad, en segundo lugar (del cual es titular el directamente agredido, que no necesariamente tiene que serlo el Estado: solamente él algunas ocasiones puede serlo); y el patrimonio económico (del cual es titular,

---

[329] Así: Gómez. 74: Ortiz. 91: Moreno. 98-99.

[330] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 63

igualmente, el constreñido, y que, al igual que el anterior, no es necesaria, sino excepcionalmente, de titularidad del Estado), tendremos que colegir que pueden ser dos los sujetos pasivos de este comportamiento: La Administración y el agredido (que, por lo general, aunque no siempre, será un particular).

4.1.1.2.2. *SUJETO PASIVO INMEDIATO Y SUJETO PASIVO MEDIATO.*

Con base en los planteamientos de GRISPIGNI, BERNAL PINZÓN[331] distingue a nivel del sujeto pasivo de la infracción, entre el sujeto pasivo de la conducta, que sería la persona sobre la cual se desarrolla la acción ejecutiva (constreñimiento o inducción), del sujeto pasivo del daño, que sería la persona titular del bien o interés jurídico perjudicado o puesto en peligro por el delito: En la hipótesis del concusionario que, aprovechando la solidaridad existente entre dos personas, realiza la inducción o el constreñimiento sobre un sujeto para obtener la entrega o la promesa de otro (constriñe o induce) al hijo, para obtener el dinero u otra utilidad del padre, podría tenerse al primero como sujeto pasivo inmediato (aquél sobre el cual recae el constreñimiento), a tiempo que al segundo como sujeto pasivo mediato (aquel que debe cumplir la prestación o practicar la promesa).

Por ello, el mismo autor en cita llega a pregonar que aunque la ley no exige ninguna determinada condición para que una persona pueda ser sujeto pasivo de la concusión, sin embargo en la doctrina se sostiene la tesis, especialmente en tema de delitos contra el patrimonio, de que sí hay algunos delitos en los que se requiere –para su cabal estructuración- de una capacidad intelectiva en la víctima, como son aquellos cuya conducta consiste en la producción de un determinado resultado sicológico (extorsión y estafa) en los cuales, para que una persona asuma la calidad de sujeto pasivo, debe estar en posesión de determinadas condiciones intelectuales que hagan viable la producción de ese resultado sicológico que es elemento del delito, lo cual opera en relación con la concusión[332].

Pese a lo seductor de este planteamiento, somos nosotros de la opinión de que el mismo no es siquiera necesario, toda vez que lo que BERNAL PINZÓN denomina sujeto pasivo mediato es lo que la doctrina identifica con el perjudicado (quien, consecuencialmente, puede constituirse en parte civil dentro del proceso penal, a fin de reclamar la respectiva indemnización de perjuicios); y lo que llama sujeto pasivo inmediato no es más que el verdadero sujeto pasivo de la infracción.

---

[331] Ibídem, pág. 63.

[332] Específicamente, Bernal Pinzón pregona que:

"Esta tesis, nos parece, tiene pleno fundamento si se tiene en cuenta, de otro lado, que el consentimiento del incapaz es completamente nulo, o mejor, inexistente; y por lo mismo, si la concusión requiere la producción de un vicio de la voluntad, sea en su formación, expresión o manifestación, es claro que no existiendo el objeto del vicio (la voluntad capaz), tal vicio tampoco se puede dar".

Ibídem, pág. 63-64

Lo valioso de este planteamiento, entonces, reside en que con fundamento en el mismo, se demuestra que plenamente válido y factible es que siendo una persona la que recibe los efectos de la acción ejecutiva (el constreñimiento), puede ser otra la que reciba, finalmente, el perjuicio derivado de la materialización de la infracción (la entrega o promesa de la utilidad).

4.1.2. *LOS OBJETOS.*

4.1.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

El objeto jurídico propio de la concusión, según GÓMEZ MÉNDEZ[333] es múltiple, como quiera que se protege no sólo la Administración Pública, sino también, en forma eventual, el patrimonio económico y la autonomía personal: En relación con la primera, se pretende salvaguardar y preservar no solo su buena imagen, sino la rectitud que debe (y tiene) que presidir la actuación de los servidores públicos. En relación con lo segundo, se dice que a través de la acriminación de esta conducta se busca proteger no solo la libertad, la autonomía de los coasociados, que no debe ni puede ser limitada ni coartada, y mucho menos por parte de los mismos servidores públicos; sino también, en la medida en que el servidor que de su cargo o de sus funciones abusa, pretende obtener una utilidad indebida, proteger el patrimonio económico de los mismos coasociados, que por tal vía podía ser esquilmado[334].

4.1.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

El objeto material en la concusión, a nuestro modo de ver, es de carácter personal, como que está representado por la persona sobre la cual recae la conducta ejecutiva propia del constreñimiento, esto es, como opina GÓMEZ MÉNDEZ[335],

---

[333] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 74.

[334] Para Manzini, el objeto específico de tutela penal, en sede de la concusión,

"Es el interés concerniente al normal funcionamiento y al prestigio de la administración pública en sentido lato (...), en lo que particularmente atañe a la observancia del deber de probidad de los oficiales públicos, que conviene garantizar contra los abusos de oficio en daño ajeno, cometidos para sacar ilícitos provechos, extorsionando o sonsacando dinero u otras utilidades.

Mientras que la concusión es delito unilateral y se caracteriza por el hecho de extorsionar o sonsacar lo indebido, de manera que quien da o promete dar es sujeto pasivo del delito: el cohecho, en cambio, es delito bilateral, caracterizado por el hecho de aceptar ilícitos provechos de persona que es ella también sujeto activo del delito.

Lo que se quiere castigar es la ávida procacidad de los funcionarios".

Manzini, Vicenzo. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo No. 8. Ediar editores, Buenos Aires. 1961. Pág. 210.

[335] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 75.

la persona a quien se le hace la exigencia o la solicitud, o se le induce a la entrega, o a la promesa[336].

Por lo anteriormente expuesto, no estamos de acuerdo con ENRIQUE RAMOS MEJÍA[337], para quien el objeto material en la figura delictual que se examina, "... es la "dádiva" que se percibe como resultado de la acción reprimida por la ley", toda vez que la conducta ejecutiva desplegada por el sujeto activo de la infracción, según lo vimos desde el acápite en que analizábamos los elementos constitutivos de la imagen rectora de esta forma delictual, se orienta a crear un vínculo obligacional en el sujeto pasivo, con fundamento en el cual obtener un lucro o utilidad calificados por la ley como indebidos: Y si ello es así, como en verdad se tiene que lo es (pues que así lo indica la misma norma en comento), no puede menos que colegirse que la conducta del agente se orienta hacia el sujeto pasivo, de manera directa, y no hacia los bienes de propiedad de este último, de donde se sigue que el objeto material, como se ha dicho, es personal, y no real: Más aún, si se recuerda lo al respecto expuesto en páginas anteriores, se tendrá que la concusión puede llegar a confundirse en algunas hipótesis, con la extorsión o, aún, con el constreñimiento ilegal, lo que certifica la orientación exacta de la conducta del agente (hacia el sujeto pasivo), y no con otras modalidades delictivas, como el hurto (como habría de ser, por ejemplo, si la acción se orientase hacia los bienes).

A lo sumo, lo que podría proponerse es que siendo el objeto material inmediato, esto es, aquél sobre el cual recae la conducta ejecutiva, de índole personal; el objeto material mediato, es decir, aquél que pretende ser obtenido por parte del agente delictual, sí puede ser de carácter material, representado por los bienes o, en general, utilidades indebidas que espera recibir o que le sean prometidos, por parte del sujeto pasivo inmediato de la infracción.

4.1.3. *LA CONDUCTA.*

4.1.3.1. *PRECISIÓN.*

Siguiendo lo últimamente consignado, podemos sostener, a la manera en que lo hace PÉREZ[338], que la concusión tiene un efecto doble: uno, que podría llamarse remoto, caracterizado por la entrega o la promesa de la utilidad; y otro inmediato,

---

[336] En alguna medida Manzini parece estar de acuerdo con tal apreciación, cuando explicando lo atinente al elemento material propio de esta figura, escribe:

"El hecho constitutivo del delito se prevé en dos hipótesis penalmente equivalentes, a saber: en la concusión violenta y en la concusión fraudulenta (impropiamente llamada implícita), correspondiente a los dos modos como fit iniuiria: aut vi, aut fraude. En efecto, el delito consiste en el hecho del oficial público que, abusando de su cualidad o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad".

Manzini, Vicenzo. *Op. Cit.* Págs. 214-215.

[337] Citado por Gómez Méndez. *Op. Cit.* Pág. 75.

[338] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 261.

que consiste en el constreñimiento, la inducción o la solicitud. Por ello, cuando se trata de analizar la conducta ejecutiva propia de la concusión, consideramos nosotros conveniente diferenciar uno y otro actuar, tal como lo haremos a continuación:

4.1.3.1.1. *LA CONDUCTA INMEDIATA DE LA CONCUSIÓN.*

La conducta inmediata en la concusión, es aquella observada por parte del sujeto activo de la misma, y que se orienta hacia el sujeto pasivo mismo de la infracción, en pos de la creación del vínculo obligacional. Por ello, se tiene que el legislador, por este aspecto, ha creado un tipo compuesto alternativo, con varios verbos rectores, cuales son los de constreñir, inducir y solicitar. Veamos:

4.1.3.1.1.1. ***Constreñir.***

4.1.3.1.1.1.1. *Significado.*

Constreñir, señala ARENAS[339] significa compeler, por medio de violencia moral, para obtener una ganancia delictuosa. Y. PÉREZ[340] agrega que "constriñe el que utiliza apremios, coacción síquica, amenazas, asedios de cualquier clase, con el fin de violentar la voluntad del sujeto pasivo y obtener el beneficio, o la promesa del beneficio. En esta situación, la voluntad del perjudicado con la exacción es vencida abiertamente por el interés del concusionario. Cede aquél por el temor a la autoridad que representa".

En una palabra, constreñir, según postula ANTOLISEI[341] "... quiere decir 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 aquélla que de otra manera (es decir, sin la coacción), habría cumplido"[342].

4.1.3.1.1.1.2. *Contenido.*

Si constreñir significa compeler a alguien para que haga, omita o entregue algo, a partir de la creación de un vínculo obligacional de carácter sicológico (con lo que, desde ya, estamos anticipando conceptos en relación con la posibilidad de

---

[339] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 44.

[340] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 258.

[341] Citado por Bernal Pinzón, *Op. Cit.* Pág. 66.

[342] Comentando la legislación italiana, Manzini dice al respecto: "Constriñe a otros a dar o prometer dinero u otra utilidad el oficial público que emplea un medio cualquiera de coerción efectiva, directa o indirecta, de carácter público o privado (salvo el abuso de la cualidad de las funciones) o bien una amenaza explícita o implícita.

Trátase en sustancia de un hecho específico de extorsión (art. 629). El título genérico de extorsión queda naturalmente absorbido en el de la concusión (art. 15)".

Manzini, Vicenzo. *Op. Cit.* Págs. 213-214.

conjugar formas tentadas en materia de concusión, entendiendo que se trata de un delito de resultado sicológico), podemos aseverar que dicho término puede ser tomado en una de sus acepciones: Una primera acepción, que podríamos calificar de amplia, que es la utilizada por el artículo 276 del Código Penal al acriminar el constreñimiento ilegal; y una segunda noción, que podríamos denominar especial, cual sería (aparte de la empleada en la extorsión), la que emplea el artículo 140 del Código Penal, al describir el tipo penal de la concusión, que exige, a más del constreñimiento, una cualificación tanto para el sujeto activo, como para los medios comisivos: Para el sujeto activo, porque, como se sabe, ha de ser un servidor público; y para los medios comisivos, porque tal constreñimiento debe operar a través, y sólo a través, del abuso del cargo o de las funciones.

Este último, en nuestro sentir, es un punto de capital importancia dentro del análisis de la concusión, en tanto tipo penal: El hecho de que a través de la coacción que despliega sobre el sujeto pasivo, el sujeto activo pretende crear un vínculo obligacional, de carácter sicológico, en aquél, por virtud del cual pueda obtener una utilidad anticipadamente calificada por la misma ley como indebida. Una persona constreñida, requerida, inducida o solicitada por el representante del poder público en cualquiera de sus ramas y jerarquías, sufre por eso una alteración sicológica: Pero no basta con la creación de tal vínculo obligacional, según habrá ello de ser debatido en su oportunidad, sino que es menester que la creación del mismo tenga un sentido teleológico, que en este caso no es otro que la utilidad indebida cuya entrega o promesa se persigue por parte del agente delictual, siendo ese, dicho sea de paso, uno de los elementos diferenciales entre la concusión, de un lado, y el simple constreñimiento ilegal y la extorsión, del otro.

Mientras que en el constreñimiento ilegal, el objeto material mediato de la infracción está representado por el vocablo "algo", que puede tener o no contenido patrimonial, y que puede, incluso, de lícito o ilícito, debido o indebido; y en la extorsión, en principio, debe ser de contenido estrictamente patrimonial, como que con la materialización de tal ilícito se está atentando, de manera directa, contra el patrimonio económico (según lo sugiere la ubicación de este tipo penal dentro del capítulo correspondiente a los delitos contra el patrimonio económico), en la concusión el objeto material mediato hace referencia, conforme a la redacción de la norma, a una "utilidad indebida", lo que si bien permite reconocer la posibilidad de contenidos económicos o extraeconómicos, nos sitúa en el campo de lo indebido, ante la expresa cualificación dispensada al sustantivo utilidad.

4.1.3.1.1.1.3. *Modalidades.*

Cómo se puede compeler a una persona? Desde el momento en que hemos dicho que el primero de los verbos rectores de este tipo penal se encuentra representado por el vocablo constreñir, en relación con el cual hemos distinguido una acepción amplia y otras especiales (como las de la extorsión y, para el caso que nos interesa actualmente, la concusión), y que ese constreñir significa compeler, habremos de preguntarnos: Cuáles son los medios que se pueden utilizar, en gene-

ral, para constreñir a una persona y, de manera particular, para realizar el tipo penal de la concusión?

En términos generales, puede predicarse que para compeler a una persona, pueden ser utilizados tanto medios morales (amenazas, apremios, asedios), como físicos. Con todo, pudiendo comportar los primeros el medio idóneo para patentizar el tipo penal de la concusión, a través del abuso del cargo o de las funciones, por parte del servidor público, los segundos, esto es, los físicos, podrán serlo a condición de que satisfagan dos requisitos primordiales:

- En primer término, que no eliminen totalmente la voluntad del concusionado, de suerte tal que si bien pueden asumir la forma de "vis compulsiva", no pueden llegar a alcanzar la forma de "vis absoluta" (pues que, en ese evento, nos desplazaríamos hacia otro tipo penal, según habrá ello de explicarse a espacio en su debido momento);

- Y, en segundo lugar, que esos medios físicos empleados para la realización de la concusión, sean propios del cargo o de la función del concusionario (pues necesario, por no decir que indispensable, para la estructuración de la concusión, que el servidor abuse del uno o de las otras), no que sean de otro funcionario (pues que nos desviaríamos hacia el abuso de funciones) y mucho menos que sean de otra persona (caso en el cual, al no tratarse de cargo o funciones ciertas, verdaderas, reales y actuales, podríamos llegar, como anteriormente dejamos establecido hacia la usurpación de funciones o la simulación de investidura o cargo).

4.1.3.1.1.1.4. *Caracterización del constreñimiento.*

En tanto acto ejecutivo propio de la concusión, y para que sea tal, el constreñimiento debe conjugar características las que a continuación se examina:

4.1.3.1.1.1.4.1. Tal como se dijo anteriormente, la primera característica que debe conjugar el constreñimiento propio de la concusión, es que no debe él eliminar la voluntad del constreñido, pues, en palabras de BERNAL PINZÓN[343], el constreñimiento, que es un elemento constitutivo de la concusión, presupone un determinado resultado de naturaleza sicológica, que no puede ser otro que el de coartar la voluntad pero sin eliminarla. Porque en el actuar del sujeto constreñido hay una voluntad viciada por la coacción, pero hay una voluntad. Por ello el constreñimiento físico que elimina la voluntad no puede tomarse como elemento de la concusión.

Prohijamos nosotros los pareceres presentados por ARENAS[344], a tenor de los cuales se sostiene que el miedo es lo que impulsa al sujeto pasivo a dar lo que se le exige, pero no debe ser un miedo físico, sino temor originado por la calidad oficial de las personas o de las funciones a él encomendadas. Una intimidación a mano

---

[343] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 67.

[344] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 44.

armada en la que nada tenga que ver la calidad oficial de quien la ejerce, podría configurar extorsión (art. 355), no concusión.

Corroborando nuestra tesis de que es éste un delito de resultado sicológico, esto es, de que la conducta del agente se orienta a buscar la creación de una conciencia obligacional en el sujeto pasivo (lo cual, a su vez, confirma nuestra idea de que es un tipo con objeto material personal), se sostiene que, en punto de la concusión, los actos propios de constreñimiento, ejecutados por el sujeto activo sobre o en relación con el sujeto pasivo, no deben, no pueden eliminar de manera absoluta la voluntad de éste, habida cuenta que, en tal hipótesis, dejaría de ser él el instrumento (personal) a través del cual el sujeto activo obtiene (o, cuando menos, busca obtener), esa utilidad indebida, para pasar a ser un mero objeto utilizado para tales propósitos: En efecto, si utilizando la fuerza física, que para la víctima se convierte en absoluta al eliminar por completo su voluntad, al punto de poderse decir que él, la víctima, "no actuó sino que lo actuaron", tendremos que inferir que no fue, entonces, de la creación de un vínculo obligacional sicológico (como lo exige la actual redacción, no solo de la concusión, sino del constreñimiento ilegal y, lo que es más, de la extorsión), de donde obtuvo el victimario la realización del acto disposicional por parte de la víctima, sino que ésta fue un mero objeto utilizado para tales efectos, de donde el tipo penal realizado no será ya la concusión (como tampoco, por tal aspecto, podría serlo ni la extorsión ni el constreñimiento ilegal), sino el que describa la conducta final realizada, en tanto punible.

Por ejemplo, si utilizando la fuerza física absoluta, irresistible, insuperable para la víctima, un servidor público consigue acceder a uno de los bienes de los cuales era (y es) titular su víctima, no estaremos en presencia de una concusión (que exige la creación de un vínculo obligacional a nivel síquico), sino del simple y puro hurto -calificado por la violencia sobre las personas: art. 350.1 C.P.- del objeto material sobre el cual recayó la infracción. Lo mismo que sucedería si un funcionario maniatase, amarrase, amordazase a una mujer, para obtener de ella una prestación sexual, no podremos decir que estamos en presencia de una concusión, sino del puro y llano acceso carnal violento, etc..

4.1.3.1.1.1.4.2. El constreñimiento propio de la concusión, puede presentar dos variantes, según que sea por coerción o por coacción, pues, como dice BERNAL PINZÓN[345], puede darse una doble hipótesis: o el sujeto pasivo quiere, conformándose a la acción de otro; o, aunque queriendo diversamente, manifiesta su voluntad conforme a la acción del otro. Siempre se tiene el constreñimiento; o es acción síquica, es decir, para la formación del acto de voluntad, o es coacción material, esto es, para la manifestación de voluntad.

En otros términos: hay constreñimiento sea que el particular dé o prometa lo que no debe, habiendo sido síquicamente determinado por la conducta del funcio-

[345] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 67.

nario público a dar o prometer; o sea que, aun cuando no quiera dar, y estando síquicamente decidido a no dar o prometer, si efectivamente da o promete dar, se realiza siempre el elemento constitutivo de la concusión: se da siempre el constreñimiento. Por consiguiente, las hipótesis no pueden ser sino estas dos: o voluntad viciada por coerción síquica, o voluntad manifestada diversamente por coerción material.

4.1.3.1.1.1.4.3. El constreñimiento puede ser verbal, real o, simplemente, simbólico, habida cuenta que la ley no dice de qué modo específico, abusando del cargo o de las funciones, se puede o debe constreñir al sujeto pasivo: Así, pues, tal constreñimiento puede consistir en simples palabras, en actitudes, en gestos, etc..

En punto de los medios de comisión del constreñimiento o coacción, la Corte Suprema de Justicia, en providencia de Octubre 30 de 1980, explicó:

> "El medio usado no tiene porque ser siempre ... la imposición violenta de su voluntad o de su primacía como autoridad, sino que puede consistir en procedimientos indirectos. "No es necesario, dice Manzini, que se trate de una coacción absoluta: basta que el sujeto pasivo sea puesto por el agente en condiciones de deber adherir a la voluntad del funcionario público para evitar un mal peor, siempre que no le sea posible resistir".
> Otro autor -Riccio- sostiene que "el constreñimiento puede ser también causado por otros comportamientos que no sean propia y verdaderamente violencia, es decir, por cualquier medio que sin ser explícitamente una amenaza determine la voluntad y cree decisiones en el sujeto pasivo". Y agrega: "por consiguiente no la iniciativa sino el medio usado, la acción querida, la particular situación psicológica del particular, el dolo, establecen si se trata de una concusión o un cohecho".

4.1.3.1.1.2. *Inducir.*

4.1.3.1.1.2.1. *Significado.*

Inducir, en términos genéricos, significa llevar a alguien a algo, si se quiere de manera subrepticia, soterrada, y, lo que es más, aún en contra de la voluntad del sujeto pasivo de la acción: Es la creación de una idea, generalmente engañosa y errónea, de que debe hacer, tolerar u omitir algo. Por ello, en relación con la inducción propia del tipo penal de la concusión, ANTOLISEI[346], explica que "... el significado de la expresión inducción es más amplio que el del 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

[346] Citado por Bernal Pinzón. *Op. Cit.* Págs. 69-70.

grave de artificios o engaños, sea en la forma de simple mentira, ... También la exhortación y el consejo pueden bastar, con tal de que en la aceptación haya influido la posición de superioridad del funcionario"[347].

En síntesis, pues, contando con que inducir significa persuadir, convencer, llevar a alguien la idea de algo, podemos proponer, como lo señala RANIERI[348], que "se tiene la inducción cuando el funcionario público suscita en el sujeto pasivo, sin constreñimiento o amenaza, motivos que lo determinan o persuaden eficazmente a dar o prometer dinero ó cosas no debidas (concusión fraudulenta)...". De allí, sin duda, que la Corte Suprema de Justicia, en providencia de Julio 31 de 1984, con ponencia del Dr. FABIO CALDERÓN BOTERO, hubiese expresado:

> "No sólo cuando el empleado constriñe puede cometer concusión, sino también cuando induce a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier utilidad indebidos, o cuando simplemente los solicita. De suerte que basta pedirlos, sin apremio o compulsión alguna, para que se configure el delito. Es una forma de concusión implícita o encubierta porque parte del supuesto lógico de que toda solicitud de dinero no debido, por parte de un empleado oficial, es obligante por sí misma, es decir, comporta constreñimiento".

De cualquier suerte, habrá de dejarse en claro que es necesaria la conjugación del denominado "metus publicae potestatis" en relación con esta forma de materialización de la concusión que, al fin de cuentas, y como decíamos anteriormente, más que elemento estructural de esta figura, resulta ser presupuesto de la misma[349].

---

[347] Manzini escribe sobre el particular:

"Induce a otro a dar o a prometer lo indebido, el oficial público que, valiéndose de su cualidad o de sus funciones, exige a otro lo indebido en forma que lo determine a dar o a prometer, persuadiéndolo con motivos cualesquiera, aun de interés personal verdadero o supuesto del sujeto pasivo, o mediante sugestión tácita, o por medio de mentiras, artificios, embustes, falsedades, etc.".

Manzini, Vicenzo. *Op. Cit.* Pág. 222.

[348] Citado por Gómez Méndez, *Op. Cit.* Págs. 75-76.

[349] Para determinar la conducencia y necesidad de la conjugación del "metus publicae potestatis" en relación con esta variante comportamental de la concusión –esto es, la que opera a través de la simple inducción- Manzini resalta, en nota de pié de página, tres sentencias de la Corte de Casación italiana alusivas al tema, así:

* Casación de Febrero 22 de 1947: "La estafa agravada por el erróneo convencimiento de tener que cumplir una orden de la autoridad, y la concusión, se diferencian en que la estafa la inducción al error debe hacérsela mediante artificios o engaños, mientras que en la concusión está determinada por el metus publicae potestatis".

* Casación de octubre 3 de 1941: "El elemento diferencial entre la concusión y la estafa prevista en el art. 640, No. 2, es que en la estafa agravada es siempre necesario que la inducción al error se haga mediante artificios o engaños; en la concusión, en cambio, basta que la concusión sea determinada por el metus publicae potestatis, que es inherente a la persona investida de funciones públicas. Es necesario establecer si el elemento preeminente ha sido el abuso de la cualidad de oficial público.

4.1.3.1.1.2.2. *Contenido.*

La conducta típica de esta modalidad de concusión está en inducir a alguien a que le dé al servidor o a un tercero determinada utilidad indebida, abusando, naturalmente, del cargo o de la función[350]. El sujeto activo no hace uso de amenazas ni de constreñimientos de ninguna clase. Se vale de medios persuasivos idóneos para mover la voluntad de otro, sin violentarla. Pero es necesario que se haga valer por el agente, expresa o tácitamente, su calidad de funcionario o las funciones que ejerce, pues si el inducido las desconoce no podría hablarse de delito contra la administración pública sino de otra infracción. También en esta segunda modalidad entra en juego el temor -el "metus potestatis"-, pues lo que pretende el funcionario es obtener una prestación estimulada por la convicción de que si no accede a lo amistosamente pedido, él estaría en circunstancias propicias para perjudicar al remiso con la autoridad o las funciones que tiene.

Obviamente, también se puede inducir, no solo por medios persuasivos o amistosos, o con sugerencias o insinuaciones, sino también engendrando error en la víctima. Pero debe tenerse presente que la inducción en error para obtener provecho ilícito puede configurar diferentes delitos. Si lo hace un particular, por medio de maniobras o engaños, comete estafa -art. 356-. Si lo hace un servidor público, con abuso de su cargo o de sus funciones, incurre en concusión.

4.1.3.1.1.2.3. *Caracterización.*

Dos características fundamentales, podemos proponer en relación con la inducción, en tanto verbo rector del tipo penal de la concusión:

4.1.3.1.1.2.3.1. Puede representar una variante de concusión implícita, en tanto implique la creación o reforzamiento de un error en la víctima...

Si la inducción no implica la generación o reforzamiento de un error en la víctima, puede decirse que ella puede llegar a ser explícita. De ahí que aparezcan como enteramente válidas las expresiones de PÉREZ[351], según las cuales, no en todas las ocasiones se persigue el lucro o el beneficio por medios directos, ostensibles o francos, como que no siempre el servidor constriñe para obtener lo que desea, sino que busca persuadir, con maneras sutiles o razones cautelosas, llegan-

---

en cuyo caso hay concusión, o si en cambio esa cualidad sólo ha facilitado el engaño, en cuyo caso habrá estafa".

* Casación de Febrero 13 de 1939: "En la concusión, aún implícita, el agente, más que sobre el entendimiento, obra sobre la voluntad del sujeto pasivo, en el sentido de que, aunque éste está convencido de la falsedad de lo que le asegura el oficial público, se ve inducido a acceder por evitar ulteriores molestias y mayores daños. Cuando la inducción se ejerce sobre el entendimiento y sólo de reflejo sobre la voluntad, hay estafa".

Manzini, Vicenzo. *Op. Cit.* Págs. 223-224.

[350] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Págs. 45-46.

[351] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 259.

do a igual resultado. El constreñimiento equivale a la fuerza física o moral, mientras que la segunda conducta, la inducción, proviene del ardid. El arte de inducir, como todo arte, requiere inteligencia, habilidad, cálculo, delicadeza para encubrir la hosca apariencia del asalto al patrimonio ajeno o a la voluntad de la víctima para conseguir de ella utilidades indebidas. Esta es la concusión implícita, que se realiza también solicitando el favor o la dádiva, el dinero o la ventaja. Generalmente, la solicitud se hace con buenas maneras, alegando, por ejemplo, una necesidad del servidor o de sus allegados, un compromiso que pesa sobre cualquiera de ellos. Es, a veces, un procedimiento más adecuado para la exacción, que los otros dos.

4.1.3.1.1.2.3.2. Lo anteriormente expuesto encuentra como fundamento, el hecho de que en la concusión por inducción, no es menester que el sujeto pasivo incurra en error, pues, como dice MAGGIORE[352], "no es necesario, un verdadero fraude; como tampoco es preciso que la inducción se efectúe mediante artificios y engaños, determinación en error, falsedad, etc.".

Creemos que no es necesario el error, radicado en cabeza del sujeto pasivo de la infracción, por la potísima razón de que la ley no lo exige como elemento constitutivo de la figura, de donde se sigue que si no es elemento del tipo delictivo, no puede el intérprete de la norma adicionar el tipo con elementos no previstos en éste, para pregonar que para que haya concusión por inducción es necesario que el sujeto pasivo obre por error. Por otra parte, con apoyo en BERNAL PINZÓN[353], se sostiene que en relación con la concusión por inducción, puede perfectamente darse el caso de que el sujeto pasivo prometa o dé sabiendo que no debe dar o prometer lo que se le pide. De esta guisa, la interpretación de la norma con la exigencia del error para la estructuración del ilícito, dejaría por fuera infinidad de situaciones delictuosas en las cuales se produce el hecho delictuoso... sin error.

4.1.3.1.1.3. *Solicitar.*

4.1.3.1.1.3.1. *Significado.*

Para los efectos del delito de concusión, dice ANTONIO JOSÉ CANCINO[354], solicitar equivale a pedir, requerir, de tal suerte que el legislador elevó a la categoría de delito el comportamiento del empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones solicita sin coacciones, inducciones, engaños, a una persona que le dé o le prometa dinero o utilidades: Ése es un punto fundamental, a saber, que tal petición o requerimiento, configurante de la solicitud como conducta ejecutiva propia de la concusión, se fundamente en el abuso del cargo o de la función, toda vez que es claro que si el servidor público está implorando la caridad cristiana no comete concusión al pedir algo[355].

---

[352] Citado por Bernal Pinzón. *Op. Cit.* Pág. 70.

[353] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 70-71.

[354] Citado por Gómez Méndez. *Op. Cit.* Pág. 76.

[355] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 91.

4.1.3.1.1.3.2. *Crítica a su acriminación.*

Varias críticas pueden ser formuladas a la consideración patentizada por el legislador, al elevar a la categoría de forma ejecutiva propia de la concusión, la acción de solicitar, lo cual opera no solo a nivel de argumentaciones referidas al propio tipo penal, sino a las mismas consecuencias jurídicas de la eventual observancia del mismo derivadas. Veamos:

4.1.3.1.1.3.2.1. A nivel del tipo.

Esta modalidad ejecutiva de la concusión, que se denominó por sus autores "por petición ilegal", es sencilla y llanamente una variedad o uno de los muchos casos en que puede manifestarse la concusión implícita, pues no hay manera tan eficaz de inducir, por parte del servidor público o dar o prometer, como la solicitud expresamente manifestada[356].

El constreñido o inducido que da o promete algo al funcionario, lo hace movido por el temor de que si no procede de tal manera, éste podrá hacer uso de sus atribuciones legales para perjudicarlo, por acción o por omisión. Ese temor puede despertarlo no sólo el constreñimiento sino también la inducción, una de cuyas expresiones o formas de manifestarse es la solicitud, abierta y descaradamente formulada: Por ello, en frente de la redacción que actualmente observa la norma en comento, puede decirse que la solicitud, en cuanto forma ejecutiva propia de la concusión, puede ser tanto un ejemplo de la modalidad implícita como de la variante explícita, habida cuenta que ello dependerá de las condiciones y circunstancias objetivo-subjetivas bajo o dentro de las cuales se formule la solicitud (pudiendo, entonces, como se ha dicho, identificarse con el constreñir, en la primera forma; y con la inducción, en la segunda, siendo ése, exactamente, el sentido de la crítica aquí consignada).

Sobre la existencia, trascendencia y supuestos de la concusión implícita, la Corte Suprema de Justicia, en providencia de Septiembre 30 de 1980 con ponencia del Dr. LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, anotó:

> "Ciertamente existe una modalidad de concusión que puede llamarse implícita por cuanto el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, pero los emplea de tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u omite lo que el funcionario pretende pueda resultar perjuicio en su contra. Ciertamente en tales oportunidades se evidencia que el comportamiento de la víctima está determinado por el "metus potestatis", es decir, el temor o la perturbación que en su ánimo produce el poder del funcionario.
> Pero tiene que haber en el comportamiento de éste algo que ponga de presente que está usando su autoridad para determinados fines reñidos con la función pública que desempeña. En otras palabras: que está

[356] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 46.

presionando a la víctima en determinado sentido y por medio de encubiertas amenazas de usar en contra de ésta la potestad de que está investido.
Si este elemento no aparece en forma suficientemente clara, no existe la concusión implícita o encubierta y se corre el riesgo de que cualquier palabra o comportamiento del funcionario puedan ser tomados como delictuosos, creando una amenaza de denuncia penal en su contra con grave mengua para la independencia con que deben obrar quienes son órganos de la administración pública".

4.1.3.1.1.3.2.2. A nivel de la sanción.

Revisando los criterios de ANTONIO JOSÉ CANCINO, el profesor LUIS CARLOS PÉREZ[357] anota:

"CANCINO MORENO estudia por separado la conducta de solicitar beneficios indebidos, aunque es difícil encontrar situaciones en las que el empleado solicita las cosas sin que concurra al mismo tiempo alguna forma de constreñimiento o inducción. Y con razón extraña el tratamiento dado a quien constriñe o induce, conducta más grave que la del solicitante, y, sin embargo, todos merecen la misma sanción.
En el constreñimiento y en la inducción, dice, se nota, así sea aparentemente, "la existencia de una actitud de superioridad abusiva del funcionario sobre el particular, o, al menos, el ejercicio de una actitud de prepotencia. En cambio, en la solicitud puede darse el comportamiento rastrero, humilde, de entrega del funcionario, que puede llegar incluso hasta implorar casi como un favor o una caridad. En el constreñimiento o en la inducción se necesita, obviamente, la producción de un resultado en el comportamiento de la víctima, o mejor, estos términos implican lo que se ha denominado una trascendencia sicológica en el tercero constreñido o inducido, mientras que la forma como quedó redactada la norma en lo que a la solicitud se refiere, evita al juez el estudio de la reacción del particular o solicitado frente a dicha solicitud".
La ley excedió el tratamiento, concluye CANCINO, por la diferencia de conductas. No son iguales la búsqueda de utilidades indebidas mediante la violencia en cualquiera de sus manifestaciones y la solicitud de esos beneficios por parte del empleado oficial. Siendo la segunda menos grave, debió sancionarse con menos rigor".

4.1.3.1.2. *LA CONDUCTA MEDIATA DE LA CONCUSIÓN.*

Lo que busca el concusionario con la exacción que viene siendo analizada, es que se le dé o se le prometa dar, al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad indebidos.

Analicemos, entonces, la conducta mediata del agente:

---

[357] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 260.

4.1.3.1.2.1. *Dar.*

El término "dar" usado en el texto legal, significa entregar o ejecutar algún acto que reporte ventaja para el servidor o para un tercero[358].

4.1.3.1.2.2. *Prometer dar.*

La promesa, como su nombre lo indica, es la oferta de la concesión o realización de una prestación en el futuro. Prometer, dice MORENO BRAND[359], es obligarse a hacer, decir o dar alguna cosa; se trata, pues, de obtener, mediante el constreñimiento, engaño o simple oferta funcional, que se haga entrega material y tangible de dinero u otra cosa.

Así entendida, entonces, la promesa, como resultado material mediato de la Concusión, admite ser caracterizada de la siguiente manera:

4.1.3.1.2.2.1. *La promesa debe ser seria.*

Acogiendo ideas presentadas por BERNAL PINZÓN[360], podemos aseverar que la promesa no tiene relevancia jurídica en las siguientes hipótesis:

- Si la prestación, objeto de dar o de hacer, es imposible, entendiendo que se debe tratar de una imposibilidad absoluta y objetiva, en la medida en que la persona que promete no se vincula, en verdad ni siquiera aparentemente, al cumplimiento de una promesa que es absolutamente imposible;

- Si la promesa se ha hecho solamente por mofa, como cuando el sujeto pasivo ha obrado apenas por ficción o "chiste" (donde faltaría el constreñimiento o la inducción);

- Cuando no es concreta y efectiva, como cuando el particular promete únicamente con el fin de crear un artificio que permita la sorpresa del responsable, hipótesis en la cual faltaría, también, el constreñimiento o la inducción.

4.1.3.1.2.2.2. *Es indiferente el modo o la forma como se haya hecho la promesa.*

No es necesario para que exista promesa, dice BERNAL PINZÓN[361], que ésta se haya hecho con la observancia de determinados requisitos de forma, que la hagan aparecer como una verdadera y propia obligación; porque, como se ha visto, se trata en todo caso de un negocio ilícito y, por lo mismo, radicalmente nulo - C.C., arts. 1502-1519-. Es suficiente, por lo mismo, que se trate inclusive de una promesa hecha en forma verbal.

---

[358] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 91.

[359] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 100.

[360] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 72-73.

[361] Ibídem. pág. 72.

4.1.3.1.2.2.3. *Es indiferente que la promesa constituya por sí misma un negocio ilícito.*

Como anota el mismo BERNAL PINZÓN[362] "... este examen tiene importancia solamente desde el punto de vista del derecho civil y no en el campo penal. Conforme a un principio dominante en el sistema del Código Penal, se excluye el que la nulidad del acto pueda hacer inexistente el delito, no pudiendo constituir aquella misma actividad que la ley ha prohibido penalmente un elemento de defensa para el culpable".

4.1.3.1.2.2.4. *No es necesario que la promesa se cumpla.*

Basta la exigencia indebida, para la estructuración de la concusión. Es más, por esa misma vía podemos sentenciar que no importa cuándo, esto es, en qué momento, se cumpla: Si la concusión se consuma por el solo hecho de que un servidor público, con los fines y condiciones previstos en la norma, constriña a otra persona, es evidente que no importa cuándo, en qué tiempo, se cumpla lo prometido. Así, por ejemplo, si se cumple la promesa, por parte de un particular que fue anteriormente constreñido, después de que el servidor público que lo constriñó, hizo dejación de su cargo (por vencimiento del período, por destitución, etc.), ello no tiene relevancia para la estructuración de la figura, porque la concusión se consumó desde el momento en que, bajo y en razón de la coacción en su contra desplegada por el servidor público, se comprometió a cumplir una determinada prestación (promesa), en el futuro.

Por ello, MORENO BRAND[363] puede afirmar que la promesa significa que la concusión se agota aún cuando la cosa no sea solicitada de cuerpo presente sino como un bien o expectativa futura.

4.2. ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL TIPO.

Entendiendo que la disposición en comento no contempla elementos subjetivos del tipo; que el único elemento descriptivo, de carácter modal que comporta, a saber, el hecho de que para el cumplimiento de sus designios criminosos el agente delictual debe abusar de su cargo o de sus funciones, ha sido por nosotros suficientemente analizado; y que, finalmente, de los diversos elementos normativos del tipo, cuales son los de servidor público, abuso del cargo o de las funciones, los verbos rectores (constreñir, inducir, solicitar) y el resultado final de la conducta ejecutiva (dar o prometer), han sido por nosotros minuciosamente examinados, nos resta tan solo por estudiar el elemento normativo del tipo que se erige en objeto material mediato de la conducta del agente, a saber, el dinero o cualquier otra utilidad indebidos que efectivamente obtiene o se hace prometer dar, por parte del sujeto pasivo de la infracción.

---

[362] Ibídem, pág. 72.

[363] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 100.

Revisemos, pues, lo correspondiente al dinero o utilidad indebidos:

4.2.1. *SIGNIFICADO DE LOS VOCABLOS.*

4.2.1.1. DINERO.

El dinero, a nuestro modo de ver, es todo aquel objeto que, en un momento histórico y en un espacio geográfico determinado, tenga poder liberatorio. Así, reconocemos la posibilidad, experimentada en algunas fases de la historia de la humanidad, que alcancen la calidad de dinero algunos bienes muebles (como el ganado) o algunos metales o, aún, bienes de consumo, se repite, según el momento y el lugar de que se trate.

Por ello, situados en nuestro país, en el momento actual, habremos de predicar que dinero es moneda legal, no moneda corriente[364] porque el dólar, verbigracia, no es dinero para la ley penal, sino otra utilidad de que también habla el art. 140, porque el dólar, en el momento actual, no cuenta con poder liberatorio en el territorio nacional, siendo ese el motivo por el cual, no compartimos nosotros la opinión de ORTIZ RODRÍGUEZ[365], para quien "por dinero se entiende la moneda nacional o extranjera".

4.2.1.2. *CUALQUIER OTRA UTILIDAD.*

La expresión "cualquier otra utilidad" contenida en el artículo significa, según la doctrina nacional, cualquier ventaja material o moral, patrimonial o no patrimonial. Así, en la expresión anotada, quedan comprendidas, además de las ventajas patrimoniales, las no patrimoniales como los honores y la satisfacción de deseos eróticos, como ha dado en reconocerlo la HH Corte Suprema de Justicia[366], en sentencia proferida el día 12 de Mayo de 1981 en Sala de Casación Penal, con ponencia del Dr. ALVARO LUNA, al admitir que esa utilidad indebida puede consistir, incluso, en una prestación de carácter sexual.

Por lo expuesto, en consecuencia, compartimos íntegramente las opiniones de PÉREZ[367], según las cuales cualquier utilidad no es sólo la que se traduce en cifras de valor material (como lo sería, aquí sí, la moneda extranjera), en bienes, en factores personales o cambios de situación, sino que la frase se extiende a todo aquello que, desde el punto de vista del autor, constituye satisfacción de un deseo valorable por el servidor o por el tercero interviniente, aun cuando se reciba o espere con fines de beneficencia.

---

[364] Citado por Pérez. *Op. Cit.* Pág. 262.

[365] Ortiz Rodríguez, Alfonso, *Op. Cit.* Pág. 91.

[366] Según cita efectuada por Gómez Méndez, *Op. Cit.* Pág. 77.

[367] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 262

4.2.2. *CARACTERIZACIÓN.*

Tanto el dinero como la utilidad indebida eventualmente obtenidas (o cuando menos, perseguidas) por parte del sujeto activo, como consecuencia de la conducta ejecutiva propia de la concusión, por él desplegada en relación o sobre el sujeto pasivo, admiten ser caracterizados, de manera genérica, en los siguientes términos:

4.2.2.1. *NO IMPORTA SU CALIDAD O CANTIDAD.*

La cantidad y la calidad de las dádivas o las promesas es indiferente para que se estructure el delito, como que puede ser grande o pequeña. Al mismo tiempo, la calidad de los bienes tampoco interesa para la tipificación del delito. Pueden ser bienes muebles o inmuebles, servicios personales y aun bienes inmateriales, como distinciones honoríficas y, lo que es más, según viene de verse, consistir incluso, en el caso de las utilidades, en prestaciones de carácter sexual.

En proveído de Mayo 23 de 1985, con ponencia del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, la Corte Suprema de Justicia dijo, a este respecto:

> "El delito de concusión, conforme a la descripción del art. 140 del C.P., consiste en que un empleado oficial, abusando de su cargo o de sus funciones, solicite una utilidad indebida o constriña o induzca a alguien a darla o prometerla al mismo sujeto activo o a un tercero, para que se estructure ese hecho punible, pues, la norma no exige que se establezca la magnitud exacta de la utilidad indebida que fue solicitada, dada o prometida, ni tampoco que se conozca con precisión la identidad de la persona constreñida, inducida o solicitada; ha de ser, no obstante, sujeto determinado o al menos determinable".

4.2.2.2. *PUEDEN SER PARA SÍ O PARA OTRO.*

Desde que la redacción misma de la norma así expresamente lo autoriza, se tiene que las promesas o dádivas pueden ser para sí o para otro. Es esencial, pues, el propósito de lucro, aunque no se requiere que éste se obtenga para los efectos de la consumación, como ha sido ello puesto de presente en diversos apartados de la presente exposición: Lo que se sanciona en la concusión, es la etapa de la consumación, no interesando la etapa de agotamiento, situados en la perspectiva del "*iter criminis*".

4.2.2.3. *DEBE TRATARSE DE DÁDIVAS O UTILIDADES INDEBIDAS.*

Es decir, ilegítimas, ya que no le son debidas al agente en su calidad o condición de funcionario o de simple particular. Por ello, prohijando pareceres expuestos por BERNAL PINZÓN[368], somos de la opinión de que todas las veces que un servidor público exija la entrega de dinero legalmente debido, pero por medios

---

[368] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 74-75.

que pueden considerarse como constreñimiento o inducción, faltando el requisito esencial de la pretensión indebida, no se realiza el delito de concusión, sino otro, como podría ser, por ejemplo, el de abuso de autoridad.

En ese mismo sentido, por demás, se pronuncia ARENAS[369], al afirmar que si el funcionario tiene un título para hacerse dar o prometer, no comete delito de concusión, se tiene que el abuso de poder se emplea aquí no para obtener ganancias ilícitas, sino para hacer efectivos créditos reales. En casos como éste se delinque contra la administración pública, pero no en el género de la concusión, sino de abuso de autoridad, tal como recientemente lo señalase la Suprema Corte, en sentencia de Mayo 8 de 1997, con ponencia del Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL, al sostener:

> "El delito de concusión se estructura cuando el servidor público, abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicita para sí o para un tercero (art. 140 Código Penal, modificado por el artículo 21 de la Ley 140 de 1995).
> El motivo de controversia en el caso de autos, se presenta en torno a la naturaleza de la prestación exigida por el procesado, la cual, a juicio del demandante y del vocero del Ministerio Público en esta sede, sería legítima, por fundarse en un hecho generador de obligaciones a cargo del individuo constreñido, circunstancia que haría que su conducta se desplace al tipo penal que describe el abuso de autoridad.
> Históricamente, doctrina y jurisprudencia han coincidido en señalar que indebido es lo que no se debe, aquello que carece de título legal, de causa legítima. Éste ha sido y sigue siendo el sentido del concepto mencionado, y el que debe, por tanto, servir de referencia para determinar en cada caso la legalidad de la exigencia hecha por el servidor público.
> Para la Corte ha sido igualmente claro que si lo indebido no es la prestación, como lo plantea el Procurador Delegado, sino el procedimiento utilizado por el servidor público para obtenerla, la conducta no sería constitutiva del delito de concusión, sino de abuso de autoridad. si el agente, de otra parte, se aprovecha de su poder funcional para lograr el fin propuesto".

Por ello, entonces, no compartimos la opinión de ORTIZ RODRÍGUEZ[370], que si bien es coincidente con la nuestra en el sentido de que no se estaría en presencia de una concusión, señala que la solución estaría referida al ejercicio arbitrario de las propias razones, que anteriormente contemplaba el artículo 183 del Código Penal (y que actualmente se encuentra conminado en el numeral 17 del artículo 1o.

---

[369] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 45.

[370] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 91.

de la ley 23 de 1991), porque no podría perderse de vista, en ningún momento, que ese ejercicio arbitrario de las propias razones se materializó de manera cualificada, tanto por el aspecto subjetivo como por el objetivo, vale decir, tanto por parte de un servidor público, como por el hecho de que ello se hace abusando de su cargo o de sus funciones, lo que nos sitúa, claramente, en el campo de un delito contra la Administración Pública, y no en el de un fraude procesal, genéricamente entendido.

5. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

En relación con la concusión, y desde el punto de vista de los dispositivos amplificadores del tipo, cabe analizar la posibilidad de que tal figura delictual admita formas imperfectas, de una parte, y de la otra, que presente un concurso efectivo de tipos penales, con conductas similares.

5.1. FORMAS IMPERFECTAS.

Ardua ha sido la discusión, a nivel de la doctrina nacional, en orden a la determinación de la posibilidad o no de que la concusión admita la forma imperfecta de la tentativa. En efecto, mientras autores de la talla de ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ[371] se pronuncian tajantemente negando tal posibilidad, al considerar que por la naturaleza de los verbos rectores -constreñir, inducir, solicitar-, el momento consumativo del ilícito se presenta en el instante en que se obtiene la promesa, o se hace la exigencia o solicitud de dinero u otra utilidad, de donde –agrega- resulta difícil concebir la posibilidad de la tentativa, pues, o los actos son preparatorios –y por tanto no punibles- o son de ejecución y en este caso coinciden con el núcleo mismo del verbo rector (artículo 22 del Código Penal); otros, como LUIS CARLOS PÉREZ[372], acogiendo las tesis de BERNAL PINZÓN, estiman que ello es factible, con base en consideraciones como las del siguiente tenor:

> "El dar o prometer son los objetivos particulares del hecho. En el momento de dar o prometer se verifica el último elemento necesario y suficiente para la verificación de la figura típica, es decir, la concusión se consuma. El momento consumativo puede no coincidir con aquél en que se realiza el hecho material al cual miraba el funcionario público, es decir, la consecución del provecho ilícito. De lo dicho se deduce que la concusión es delito plurisubsistente, con **iter criminis** fraccionable. De allí deriva la admisibilidad de la tentativa".
> Los requerimientos o exigencias del empleado configuran ya la tentativa. Si no logran el objeto inmediato de constreñir, determinar o someter, por el rechazo de la imposición, o porque se denuncia, se realiza una conducta en grado de conato".

---

[371] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 77-78.

[372] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 261-262.

Por nuestra parte, creemos que la verdad puede encontrarse en el justo medio, no solo admitiendo la necesidad de diferenciar los diferentes verbos rectores utilizados por el tipo penal, sino, también, cuál es el objeto jurídico del tipo y, lo que es más, hacia qué, o mejor, hacia quién se dirige la conducta ejecutiva propia de la concusión, que ciertamente no es hacia los bienes (como equivocadamente, en nuestro sentir, lo entiende PÉREZ, según la opinión anteriormente transcrita), sino hacia el sujeto pasivo de la infracción, punto este en el cual debe recordarse la distinción por nosotros anteriormente introducida entre la conducta inmediata y la conducta mediata del agente delictual[373].

Por todo ello, entonces, preferimos adherir a los pareceres de ORTIZ RODRÍGUEZ[374], para quien la posibilidad o no de la tentativa, en relación con el tipo penal de la concusión, depende de la forma de concusión de la cual, en concreto, se trate:

> "En la concusión por constreñimiento y en la por inducción, el comportamiento del empleado oficial crea en la víctima el convencimiento, errado desde luego, de que debe dar o prometer el dinero o cualquier otra utilidad indebidos. Por eso el constreñimiento y la inducción deben ser idóneos para producir ese resultado psicológico en la víctima necesario para la consumación del delito. Es claro que si la víctima no es constreñida o inducida a dar o prometer puede estarse en presencia de una tentativa si la conducta era idónea para constreñir o inducir, o en presencia del llamado delito imposible en caso de inidoneidad el cual ya no es punible. Pero en la concusión por solicitar se consuma con la mera exigencia o el solo requerimiento. En esta forma la tentativa no parece posible".

5.2. CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES.

Por diferentes motivos, argumentaciones y consideraciones, la concusión debe y puede ser diferenciada de otros tipos penales, con los que, eventual e hipotéticamente, podría llegar a ser confundida, como los siguientes:

---

[373] Tanto es ello así que, con ponencia del Dr. Fernando Arboleda Ripoll, en fallo de Octubre 22 de 1996, la Corte Suprema de Justicia conceptuó:

"El delito de concusión no precisa que el empleado oficial que constriña o induzca a alguien para que le dé o prometa dinero u otra utilidad, o lo solicite, efectivamente reciba él o un tercero lo indebidamente exigido o pedido, pues por ser de simple actividad el tipo penal que lo define, se consuma cuando se abusa del poder o de las funciones inherentes a él para doblegar la voluntad de quien no está obligado a dar o prometer lo que no debe, sea sutilmente, sea mediante amenazas o simplemente con la mera petición del provecho ilícito. En ese instante en que se menoscaban la dignidad, moralidad, integridad, pulcritud, confiabilidad y transparencia de la administración pública, cuyos valores deben imperar en los funcionarios y sus actos.

Por ello, la antijuridicidad de la conducta no debe buscarse en el daño patrimonial que pudo haberse inferido al particular, sino en el menoscabo que se le causa a la confiabilidad de los asociados hacia la administración pública, bien jurídico funcional que se lesiona por el hecho de tener en su seno a un funcionario corrupto".

[374] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 90.

5.2.1. *PECULADO POR APROVECHAMIENTO DE ERROR AJENO.*

Del peculado por error ajeno que contempla el artículo 135 del Código Penal, puede ser diferenciada, como se dijo anteriormente, porque mientras en esta forma de peculado la conducta del agente delictual es absolutamente pasiva, en relación con el error al cual llega de manera autónoma el sujeto pasivo de la misma, así como en relación con el acto disposicional de entrega que se cumple por parte de este último en favor del primero; en la concusión, la conducta desplegada por el agente es completa y definitivamente activa, como que es, precisamente, a partir de ella, que se crea el error en la víctima (a través, por ejemplo, de la modalidad de inducción), lo que es mucho más claro cuando la modalidad es la del constreñimiento.

5.2.2. *EXTORSIÓN.*

La concusión por constreñimiento (pues que creemos que no habría posibilidad de confusión en las otras dos formas de concusión, a saber, la por inducción y aquélla que se realiza por mera solicitud), puede ser diferenciada de la extorsión (consagrada en el artículo 355 del Código Penal), no solamente desde el punto de vista del agente (que en la concusión es calificado, al paso que en la extorsión es indiferente tal calidad), sino, también, desde el punto de vista de los medios comisivos, que en la concusión tienen que estar representados por el abuso del cargo o de la función. Más aún, mientras en la extorsión el objeto material perseguido por el agente, como consecuencia final de su actuar, se encuentra representado por un bien de contenido económico (como que es, precisamente, dentro del capítulo correspondiente a los delitos contra el patrimonio económico en donde se ubica tal tipo penal), en la concusión puede alcanzar o perseguir prestaciones de contenido extra-patrimonial, como serían las referentes a honores y, como se vio, hasta prestaciones de carácter erótico-sexual.

5.2.3. *ESTAFA.*

La concusión por inducción (que no en sus otras dos variantes), ha de ser diferenciada de la estafa (art. 356, C.P.), no solo por el sujeto activo calificado, y por los medios comisivos (abuso del cargo o de la función), sino, al igual que el anterior, por la prestación perseguida, que mientras en la estafa es de contenido económico, en la concusión puede ser, igualmente, de carácter extra-patrimonial.

5.2.4. *COHECHO.*

La diferencia básica entre la concusión y el cohecho -arts. 141 a 153, C.P.- radica en el hecho de que mientras en el cohecho hay DOS sujetos (por lo que se dirá que es un tipo plurisubjetivo), que actúan en un plano de igualdad, negociando la función pública, bien en sí misma, bien en sus contenidos; en la concusión

hay un sujeto que actúa en un plano de superioridad frente a otro, exigiendo una prestación indebida (por lo que, se ha dicho, es un tipo penal monosubjetivo)[375].

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, en proveído de Octubre 30 de 1980[376] se pronunció diciendo:

> "Lo primordial para dilucidar si se trata de un delito de concusión o de uno de cohecho no es, como lo pretende la defensa, fijar de quién viene la iniciativa sino, ante todo, examinar la posición de las partes en orden a establecer si actúan en un plano de igualdad, como ocurre en los contratos, o, por el contrario, una de ellas, el particular, se encuentra supeditada a la otra, el funcionario, quien, para obtener sus fines, hace valer su condición oficial intimidando al otro, es decir, suscitando en éste el "metus potestatis" que lo hace plegarse a la voluntad del agente".

Y, todavía más allá, en providencias de Junio 9 de 1987 y Febrero 15 de 1989[377], examinó la diferencia existente entre estos dos tipos penales, para indicar:

- En el primero de tales fallos, a saber, el de Junio 9 de 1987, proferido con ponencia del Dr. RODOLFO MANTILLA JÁCOME:

> "Afirma el censor en este aspecto que el proceso se halla viciado de nulidad por haberse incurrido en el auto de proceder, en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, ya que en opinión de éste no se trata de delito de concusión (140), por el que fueron llamados a responder en juicio criminal y considerados los procesados, sino que

---

[375] Ese criterio, precisamente, fue el que permitió a la Corte Suprema de Justicia, en providencia de Noviembre 26 de 1997, con ponencia del **Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll**, expresar lo siguiente:

"Así las cosas, mal puede afirmarse que exista dubitación alguna en torno a la indebida solicitud de dinero que a nombre del juez encargado hizo el uniformado a los detenidos antes mencionados, ni acerca de la persona a quien le fue entregado el dinero por parte de B.R. de A. – al juez encargado H.D.O.-, ni la finalidad de dicho desprendimiento patrimonial –obtener la libertad de los detenidos-, todo lo cual lleva a descartar la existencia de un ilícito acuerdo de voluntades, y con ello la eventual configuración del punible de cohecho, correspondiendo enmarcar los hechos en el delito de concusión.

La adecuación típica acogida en la sentencia de primer grado guarda correspondencia con la reconstrucción histórica de los hechos a partir del conjunto de probanzas legalmente allegadas, pues como viene de demostrarse, aunque valiéndose de un intermediario, la indebida solicitud de dinero – que dicho sea de paso partió del funcionario y no de los retenidos-, no estuvo dirigida a quienes en un plano de igualdad estuvieran en capacidad de rechazarla o de desatenderla, sino a personas capturadas y encarceladas por haber sido sorprendidas en situación de flagrancia cultivando marihuana, cuyo ánimo resulta fácilmente perturbable por la implícita amenaza de un eventual abuso funcional o del cargo por parte del desleal servidor público".

[376] Íntegramente acogida y reiterada en providencia de abril 20 de 1988, con ponencia del **Dr. Guillermo Dávila Muñoz.**

[377] Íntegramente acogida y reiterada en providencia de Octubre 8 de 1993, con ponencia del **Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.**

se trata de un cohecho propio e impropio, según los artículos 141 y 142 del Código Penal.

Conforme a la citada disposición (140), la realización del tipo de la concusión exige que "constriña o induzca" a alguien a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad o "se lo solicite", por parte de un empleado oficial en abuso de su cargo o de sus funciones.

De acuerdo con ello, la concusión requiere un comportamiento activo por parte del sujeto agente, implica el desarrollo de una actividad delictiva que surge a impulso de funcionario que solicita, constriñe o induce a alguien a dar o prometer dinero u otra utilidad; en ese sentido es notoria y clara la diferencia de esta figura con el cohecho propio o impropio (141 y 142), pues esta modalidad delictiva se estructura sobre la base de un comportamiento pasivo del funcionario a que se le hace una oferta, y él la acepta, siendo por tanto el delito no de su iniciativa sino de su anuencia.

Tal y como se desprende de las expresiones verbales rectoras utilizadas en el tipo de concusión, el sujeto activo puede realizar el comportamiento empleando procedimientos violentos, sean estos físicos o morales (constreñimiento), hábiles o sinuosos (inducción) o simples, directos y llanos (solicitud), pero siempre en abuso del cargo o de sus funciones.

Por ello en todas estas formas de realización (constriñendo, induciendo o solicitando), el abuso del cargo o de la función, expresan el desequilibrio entre el actor y su víctima, ya que ésta actúa intimidada por el temor de sufrir un perjuicio derivado del poder del funcionario (*metus potestatis*).

Por el contrario, el cohecho impone actitud pasiva del funcionario al aceptar de quien le ofrece, en un plano de equilibrio contractual, dinero o beneficio, allí no existe por parte de quien hace la oferta, intimidación o temor, sólo lo mueve el propósito de torcer a su favor o de un tercero la voluntad del funcionario público".

- Y en el segundo, vale decir, en el de Febrero 15 de 1989, con ponencia del Dr. LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA, se practicó la siguiente diferenciación:

"Quizá por la evidente confusión jurídica del quejoso, el Tribunal procedió a desvirtuar la existencia de los delitos de Concusión y Cohecho como que estos se pudieran predicar de los mismos hechos, siendo imperativo hacer claridad al respecto.

Estos dos delitos contra la Administración Pública se excluyen entre sí y ni siquiera es posible recurrir al denominado "conflicto aparente de normas o de tipos penales", pues la descripción de estas conductas implican comportamientos subjetiva y objetivamente diferentes.

De conformidad con el artículo 140 del C.P., existe Concusión cuando el empleado oficial abusa de su cargo o de sus funciones para constreñir o inducir a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier utilidad indebidos, o los solicite.

En el Cohecho Propio el empleado oficial "recibe" dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar

u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales y en el Impropio, "acepta" esos beneficios por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones.
De la comparación de estas descripciones típicas se colige, que en cualquiera de las modalidades concusionarias tiene que haber en el sujeto activo algo que pone de presente que está usando autoridad para determinados fines reñidos con la función que desempeña, suscitando en la víctima el "metus potestatis" que lo hace plegarse a la voluntad del agente. En el Cohecho el "metus potestatis" está lejano de la presunta víctima, quien desconociendo el poder del funcionario pretende que retarde u omita un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales o simplemente para que cumpla con sus funciones, para lo cual da u ofrece dinero u otra utilidad al empleado oficial, infringiendo, también, la ley penal.
El cohecho no puede ser al mismo tiempo víctima de Concusión; si bien no en todos los casos puede afirmarse que sea determinante precisar de quién viene la iniciativa para dilucidar si una conducta es típica de concusión o de cohecho, tal como lo afirmó esta corporación en providencia de Octubre 30 de 1980, lo cierto es que en la Concusión la víctima actúa determinada por la perturbación que en su ánimo produce el poder del empleado oficial, del cual tema se emplee en su contra. Aún en la "Concusión Implícita", llamada así por cuanto el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven tal coacción, los emplea en tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u omite lo que el funcionario pretende pueda resultar un perjuicio en su contra".

5.2.5. *ABUSO DE AUTORIDAD.*

Ciertamente, la concusión representa una forma de abuso de autoridad (art. 152, C.P.): Empero, se trata de un abuso de autoridad que, frente a la ley penal, resulta privilegiado, en razón de sus especiales cualificaciones comisivas, esto es, que es un abuso de autoridad especial, porque exige de unos particulares medios comisivos (el abuso del cargo o de la función), a tiempo que exige de una dirección teleológica específica (la creación de un vínculo obligacional a nivel síquico en la víctima, en aras de la obtención de una utilidad indebida), que no son exigidos ni contemplados en el abuso de autoridad genérico.

No por otra razón, en providencia de Julio 5 de 1989, con ponencia del Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS -reiterada en proveído de Marzo 29 de1990, con el mismo Dr. CARREÑO LUENGAS como ponente- la Corte Suprema de Justicia, explicando la estructura propia de la concusión, puntualizó:

"El delito de concusión que tipifica el art. 140 del Código Penal es un abuso de autoridad del empleado público que suscita en la víctima un temor o también un error que la determina a dar o prometer al funcionario algo que no se debe.

En la concusión, el funcionario corrupto hace valer el constreñimiento, la inducción o la solicitud como un medio intimidativo, para infundir en la víctima un temor, una alteración de ánimo, el "metus publicae potestatis" que la lleva a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad no debido"[378].

5.2.6. *CONSTREÑIMIENTO ILEGAL.*

La diferencia básica entre el constreñimiento ilegal del artículo 276 del Código Penal, y el constreñimiento desplegado como primera variante de la concusión del artículo 140 del Código Penal, es la de que en este último tipo, se exige un sujeto activo calificado, unos medios comisivos especiales (abuso de la función o cargo) y, finalmente, una dirección teleológica específica en el actuar del agente delictual (como que su comportamiento se orienta, como se ha dicho ya varias veces, a la creación de un vínculo obligacional en el agente, para la obtención de una utilidad indebida), que no se exigen en el primero de los tipos mencionados, en donde el sujeto activo es indiferenciado (puede serlo cualquier persona), los medios comisivos pueden ser todos los imaginables por la mente humana y, finalmente, la finalidad de la acción puede ir orientada, incluso, a la obtención de beneficios, lucros o utilidades, debidos y lícitos (en donde lo que se censuraría, entonces, no sería el fin perseguido u obtenido, sino el medio utilizado para su consecución).

5.2.7. *EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES.*

Ya se dijo, al analizar una posición asumida por el Dr. ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ desde el punto de vista hermenéutico, que no puede, no debe confundirse la concusión, como forma de realización de designios criminales, con el ejercicio arbitrario de las propias razones, conocido en otras legislaciones como el

---

[378] En gran medida, ese fallo no hacía más que acoger uno proferido en el año de 1948, según se infiere del fallo de Febrero 25 de 1991, con ponencia del Dr. Dídimo Páez Velandia, en el que, entre otras cosas, se consignó:

"Ha dicho la Corte:

"La Concusión -que en un principio se confundió con el Cohecho- es la exacción ilegal que hace un funcionario o empleado, consiste en un abuso de autoridad que suscita en la víctima un temor o también un error que la determina a dar o prometer algo que no debe. Por tanto, son elementos esenciales de este delito: El abuso de poder -que es el medio- y la entrega o la simple promesa de dineros o de cualquiera otra utilidad, que es el fin... Pero el abuso de autoridad constituido por la exigencia arbitraria no solo es aquél que entraña la concreta ejecución de una amenaza injusta, sino toda otra manifestación del funcionario o empleado público que influye en la voluntad de la víctima para inducirla a prometer o entregar lo que se le pide sin causa legal. En este último evento, basta el temor genérico que la autoridad suscita en el ánimo de quien acepta la exigencia injusta. De ahí que haya una concusión explícita constituida por el empleo de medios claramente coactivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo del delito; y otra concusión implícita que consigue igual resultado, pero mediante un exceso de autoridad que va latente y oculto en la demanda del funcionario. En el primer caso, se amenaza abiertamente con un acto de poder, en el segundo se obtiene la dádiva en forma sutil y fina, debida al habilidoso abuso de funciones que se ponen en juego" (auto. 25 de Mayo de 1948, G.J. Números 2066-2067. Págs. 100 y ss.)".

delito de autojusticia, y que actualmente se contempla en nuestro medio como una contravención especial, en atención a lo dispuesto en el ordinal 17 del artículo 1o., Ley 23 de 1991: El sujeto activo calificado, los medios comisivos específicamente señalados, la especialidad del contenido direccional de la conducta y, finalmente, lo indebido de la prestación buscada, diferencian a plenitud la concusión del aludido delito de autojusticia, en el cual no opera ninguna de estas características.

SUBSECCIÓN TERCERA
COHECHO

CAPÍTULO PRIMERO
GENERALIDADES

1. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO.

Etimológicamente, la palabra cohecho deviene del vocablo confectare, que significa arreglar, preparar. De allí, entonces, que se diga, como lo hace el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA[379] que cohechar significa sobornar, esto es, corromper con dádivas al Juez, a persona que intervenga en el juicio o a cualquier funcionario público, para que, contra Justicia o Derecho, haga o deje de hacer lo que se le pide.

Ahora bien, de otro lado se tiene que sobornar, del latín "subornare" significa corromper a uno con dádivas para conseguir de él una cosa. También tiene el sentido de excitar e incitar con dádivas a una persona para que haga o deje de hacer alguna cosa, por vías de lo cual se sostiene que en el delito de cohecho, por medio del dinero o de la mera promesa remuneratoria se excita o incita al servidor público, se le estimula para obrar ilícitamente o a ejecutar lo que debe ejecutar: Al tomar para sí o para un tercero lo que otro le entrega, el servidor queda comprometido u obligado con el cohechador violando de esa manera la indispensable independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Históricamente se dice[380] que el delito de cohecho, lo mismo que la concusión, deriva del "crimen repetundarum" que, entre los romanos, se originó en la acción otorgada para obtener la repetición de lo que ilegalmente se hubiera hecho pagar o sencillamente de lo percibido por ciertos funcionarios romanos que debían desempeñar sus funciones gratuitamente. Luego se separaron y de la primera parte surgió la concusión mientras que la segunda generó el cohecho llamado también soborno, corrupción y baratería. Esta palabra, del italiano "baratto" significa trueque de la justicia por dinero.

---

[379] Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo I. Madrid. 1984. 20a. ed. Pág. 333.

[380] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 93-94.

Doctrinalmente se observa que, a partir de CARRARA se definió el cohecho como "la venta realizada entre un particular y un funcionario público, de un acto perteneciente al cargo de éste y que por regla general debe ser gratuito". Para GARRAUD, el delito de corrupción, en sentido general, consiste en la oferta o la aceptación de una ventaja cualquiera para abstenerse o realizar un acto propio de la función o del cargo. MAGGIORE dice que "la corrupción es la aceptación hecha por un funcionario público, o por la personas encargada de un servicio público, para sí o para un tercero, de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir , omitir o retardar un acto de su cargo".

Como se ve, en toda la doctrina es constante la idea de pacto entre el servidor y el cohechador. Sin embargo, el cohecho cometido por el funcionario es independiente del ejecutado por quien le da u ofrece que tiene su descripción autónoma, como más adelante se verá, no obstante lo cual, pueden avanzarse conceptos proponiendo, desde ya, que estamos en presencia de un tipo penal plurisubjetivo, en el sentido de que, en el cohecho son responsables penalmente, tanto el sujeto que vende la Justicia, como el que la compra[381].

2. CARACTERIZACIÓN: ES UN DELITO PLURISUBJETIVO.

2.1. NOCIÓN DE DELITO PLURISUBJETIVO.

Antes de analizar el carácter que como tipo penal plurisubjetivo ostenta, en nuestro sentir, el cohecho, recordemos lo que por tal, esto es, por tipo penal plurisubjetivo se entiende. Y, con tal propósito, digamos que en la estructura del modelo legal penal, el sujeto activo puede figurar no solamente en razón de calidad o relaciones, es decir, en cuanto da lugar al delito propio (o exclusivo), sino algunas veces en razón del número: En verdad, si en la mayoría de los casos es suficiente que la conducta descrita en la figura legal sea realizada por una sola persona, algunas veces, en cambio, se requiere que la conducta (igual o diversa) sea realizada por dos o más personas, faltando una de las cuales, el delito no existe[382].

Naturalmente, una cosa es que concurran varias personas (físicamente hablando), a la materialización de un determinado comportamiento delictual, y otra, muy diferente, es que concurran las voluntades de esas varias personas a la realización de un determinado tipo penal: Lo primero podría verse claramente en el ordinal 5o. del artículo 324 del Código Penal, que eleva a la categoría de circunstancia de agravación para el homicidio, el que este se haya cometido, por parte del agente delictual, valiéndose de la actividad de inimputable, pues que siendo dos, cuando menos, las personas que han concurrido a la materialización de tal ilícito, mal podría decirse que ha mediado una concurrencia de voluntades, desde el momento mismo en que la voluntad del segundo (el inimputable) o no existe o se encuentra

---

[381] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 104.

[382] En tal sentido se pronuncia Filippo Grispigni, citado por Bernal Pinzón, *Op. Cit.* Pág. 99.

dominada por la del primero (en este caso, el determinador), de donde se infiere que mediando la comparecencia de varias personas a la realización del hecho, no han coincidido varias voluntades a esos efectos. Por ello, se sostiene en la doctrina[383] que se trata allí de un tipo penal pluripersonal pero monosubjetivo.

Lo segundo se evidencia, a su turno, en aquellos tipos penales en donde es menester contar, de cara a su estructuración formal, con varias voluntades coincidentes, que es a lo que la doctrina ha denominado tipos penales plurisubjetivos, en contraposición a aquellos en donde la pluralidad de sujetos activos no entra como elemento constitutivo y que, por lo mismo, se denominarían delitos monosubjetivos.

2.2. IMPORTANCIA JURÍDICO-PENAL DE LA PLURALIDAD DE PERSONAS.

Según lo recientemente expuesto, la pluralidad de personas tiene importancia, desde el punto de vista jurídico-penal, desde tres puntos de vista:

2.2.1. *EN EL CONCURSO EVENTUAL DE PERSONAS EN EL DELITO*, en el sentido de que la pluralidad de sujetos activos no entra como elemento constitutivo de la figura delictiva. Así, por ejemplo, un delito de homicidio puede ser cometido por una sola persona (sujeto activo) o por varias, sin que ello modifique en nada la estructura jurídica del delito. En otras palabras, no es necesario, para que se tipifique el homicidio, que en su comisión intervengan varias personas[384].

2.2.2. *COMO UNA CIRCUNSTANCIA ESPECÍFICA DE AGRAVACIÓN PUNITIVA*, como cuando el hurto se comete por dos o más personas, tal como lo establece, para el caso del hurto, el numeral 10o. del artículo 351, al agravarlo;

2.2.3. *COMO UN ELEMENTO CONSTITUTIVO DE CIERTOS DELITOS*, como en el concierto para delinquir (art. 186) o la bigamia (art. 260), en cuyo caso, para que la pluralidad de personas dé lugar a la integración del delito plurisubjetivo, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos[385]:

- Primero, que una figura delictiva se refiera en su propia descripción legal expresamente a varias personas;

- Segundo, que la referencia que de tales personas haga la ley en la definición del delito, sea en cuanto que dichas personas realizan una determinada conducta (acción u omisión). No es suficiente, por lo mismo, que en tal descripción alguna de las personas sea tomada apenas como objeto material de la acción, o como resultado, o, aún, como instrumento material para la realización de la misma (como sucede en los tipos penales pluripersonales), tal como acontece en la concusión,

---

[383] Molina Arrubla, Carlos Mario. *Delitos contra la Vida y la Integridad Personal*. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1995. 1a. ed. Pág. 146.

[384] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 100.

[385] Ibídem, págs. 100-101.

por ejemplo, y en todos aquellos delitos en los cuales se produce un evento o resultado sicológico (modificación de la siquis), o en aquellos delitos cuya conducta consiste en revelar algo (en donde, a más del sujeto que revela, es necesaria la concurrencia de la persona que obtiene tal revelación). Es claro que en estos casos no existe la pluralidad de sujetos activos, ya que uno de ellos no figura en el modelo legal como tal, sino apenas como objeto de la conducta;

- Y, tercero, que por todo lo anterior se requiere, finalmente, que la conducta de las varias personas figure, en la economía del delito, como elemento constitutivo

3. CLASES DE COHECHO.

Cuando de clasificar el cohecho se trata, pueden atenderse tanto criterios doctrinales, como puramente legales. Revisemos, entonces, unos y otros:

3.1. CLASIFICACIÓN DOCTRINAL.

Según sea la forma en que se patentice la corrupción, o el contenido de la misma, puede hablarse de diferentes formas de cohecho, desde el punto de vista doctrinal, así:

3.1.1. *SEGÚN LA CONDUCTA OBSERVADA POR EL SERVIDOR PÚBLICO: COHECHO ACTIVO Y PASIVO.*

Según LISZT[386], el dar u ofrecer constituye un cohecho activo, por vías de lo cual se tendrá que el recibir o aceptar configura el cohecho pasivo, de donde es claro que esta distinción se intenta desde la perspectiva del papel asumido, en relación con la negociación propia del cohecho, por parte del servidor público, de un lado, a tiempo que, del otro, se comprende por qué razón BERNAL PINZÓN[387], señala que estas dos especies de corrupción constituyen o estructuran dos diferentes tipos delictivos, o más concretamente, dos delitos autónomos.

Como se ve, esta última posición, vale decir, la que enseña que el cohecho activo y pasivo comportan dos tipos penales autónomos, contradice nuestra posición de que el cohecho sea un delito plurisubjetivo. Por tal motivo, en consecuencia, consideramos de importancia recordar que, al respecto, el profesor BERNAL PINZÓN[388] exponía que era esta una teoría que no se debería seguir, ya que riñe con la propia estructura del delito plurisubjetivo; y, además, porque no existe fundamento legal alguno para sustentarla. Si acaso, y ello no es, en la práctica de mucha utilidad, decía el insigne maestro, se podría hacer la distinción para fines eminentemente didácticos, sin que, como se repite, se pueda aceptar en forma alguna la tesis de la pluralidad de infracciones.

---

[386] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 94.

[387] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 103.

[388] Ibídem, pág. 103.

Cómo y por qué llegaba BERNAL PINZÓN[389] a tal conclusión? En su sentir, en criterio que compartimos, la estructura jurídica del cohecho es la de ser un delito eminentemente plurisubjetivo, por la muy simple razón de que es la propia norma la que exige como elemento esencial la pluralidad de sujetos activos. De allí que, como se ha dicho, pero no sobra repetirlo, aunque la norma no habla de varios sujetos, lógicamente, con la descripción de la conducta que consiste unas veces en recibir o en aceptar promesas, está indicando que debe existir otro sujeto que dá o promete, ya que no puede recibir sino ha habido quien dé, y por lo mismo no se puede aceptar una promesa si no ha habido quien la haga. Siendo ello así, cómo se puede afirmar, entonces, que no es necesaria la participación de los sujetos; que existen dos títulos autónomos de cohecho, y, más aún, que se puede dar una especie de auto-corrupción delictuosa, de sostenerse la tesis de la posibilidad de que el funcionario unilateralmente se corrompa?

En este último sentido, esto es, de cara a sostener la imposibilidad fáctica de la denominada auto-corrupción, el profesor BERNAL PINZÓN argumentaba que no es posible que se estructure lo que comúnmente se llama cohecho pasivo, sin que exista la cooperación necesaria de otras personas: si para que haya cohecho pasivo es necesario la aceptación o la recepción, estos dos términos no implican lógicamente una conducta de quien da o promete?. Cómo puede haber recepción de la dádiva o aceptación de la promesa, si nadie ha dado y nadie ha prometido?. La sola creencia del funcionario público de que lo que se le entregará no es a simple título de amistad sino retribución, no puede estructurar el cohecho porque falta la conducta delictuosa del particular que entrega la dádiva o hace la promesa remuneratoria. Una hipótesis de auto-corrupción es jurídicamente inconcebible.

3.1.2. *SEGÚN EL MOMENTO EN QUE SE VERIFICA EL ACTO INDEBIDO POR PARTE DEL FUNCIONARIO: CORRUPCIÓN ANTECEDENTE Y CORRUPCIÓN SUBSECUENTE.*

Distingue la doctrina entre la corrupción antecedente y la corrupción subsiguiente, tomando como punto de referencia el momento en que se ejecuta (o debe ejecutar) el acto indebido por parte del servidor, desde el instante en que recibe el pago o la promesa remuneratoria correspondiente: Así, dice BERNAL PINZÓN[390], si el funcionario recibe o acepta el dinero o la dádiva para realizar el acto, se llama antecedente; y si la aceptación de la promesa o el recibo de la dádiva es por haber cumplido el acto, la corrupción es subsiguiente.

Realmente, ni el Código Penal colombiano de 1936, ni el de 1980, contemplaron legislativamente tal distinción: El primero, porque encontraba su inspiración genérica en el Código Penal italiano de 1889 (Código de Zanardelli), que tampoco las contemplaba; y el segundo, porque tampoco tuvo en cuenta tal posibilidad,

---

[389] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. cit.*, págs. 106-111.

[390] Ibídem, págs. 103-104.

debiéndose entonces concluir, como lo hace GÓMEZ MÉNDEZ[391], que no comete delito de cohecho el servidor público que recibe dinero por acto ilegal ya cumplido, si no ha existido acuerdo previo con la persona que le ofrece la dádiva o la promesa: Salvo el caso en que el pago se verifique de manera posterior a la fecha de materialización del acto indebido por parte del empleado, cumpliendo promesa anterior, no puede decirse que, en Colombia, el denominado cohecho subsiguiente constituya delito, lo que no quiere decir tampoco, como lo proponía en su momento BERNAL PINZÓN[392], que exista allí un vacío, sino que lo que acontece es que la ley penal colombiana ha considerado como atípica tal eventualidad.

Lo que sí es claro, en todo caso, es que si se paga en el futuro (tomando como punto de referencia el momento de patentización del acto indebido por parte del funcionario), cumpliendo promesa anterior, tal conducta siempre será configurativa de cohecho, habida cuenta que no importa cuándo se pague, y ni siquiera que se pague, siempre que puede acontecer que ello (el pago), nunca tenga materialidad, nunca se haga.

3.2. CLASIFICACIÓN LEGAL.

3.2.1. *SISTEMAS DE CONSAGRACIÓN.*

Siguiendo a NELSON HUNGRÍA, BERNAL PINZÓN[393] recuerda que: en cuanto al tratamiento jurídico penal del cohecho, los códigos modernos siguen dos vías distintas: o se reúnen la corrupción pasiva y activa en una unidad compleja (delito bilateral o de concurso necesario), condicionándose el respectivo sumatum ocus a la convergencia o acuerdo de voluntades entre el intraneus (corrompido) y el extraneus (corruptor): o se acriminan separadamente las dos especies, de tal modo que la consumación de cualquiera de ellas queda necesariamente dependiente de la consumación de la otra, o sea, del encuentro de voluntades.

Si bien este último sistema fue el utilizado por el Código Penal del Brasil, en donde se hizo una neta separación entre la corrupción pasiva (delito del funcionario público contra la administración pública), de la corrupción activa (delito de particular contra la misma administración pública en general); es lo cierto que nuestro Código Penal, tanto el de 1936 como el actual de 1980, siguiendo en esto al italiano, optó por el primer sistema, según habrá ello de explicarse en párrafos posteriores.

3.2.2. *LA REGULACIÓN NORMATIVA EN COLOMBIA.*

Mientras el Código Penal de 1936 contemplaba las siguientes modalidades de cohecho: impropio (artículo 160), propio (artículo 161), por concertación (artículo 162), activo (artículo 164), y aparente (artículo 165); el Código Penal de 1980,

---

[391] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 82.

[392] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 101.

[393] Ibídem, pág. 102.

dejó finalmente, como modalidades del cohecho, las de cohecho propio (artículo 141), impropio (artículo 142, inciso 1o.), por dar u ofrecer (artículo 143) y aparente (artículo 142, inciso 2o.).

Por ello, se dice que la clasificación del cohecho que más se ajusta a la legislación colombiana, es aquella que distingue entre cohecho propio e impropio: Se dá el primero cuando el acto que se compra con el dinero, la dádiva o la aceptación de la promesa, es un acto contrario a los deberes oficiales, y también cuando la aceptación de la dádiva o de la promesa es para omitir o retardar un acto propio del cargo. A su turno, se tendrá corrupción impropia cuando el acto que es materia del pacto entre el intraneus (funcionario) y el extraneus (particular), es un acto que el funcionario debe ejecutar en el desempeño de sus funciones[394], y que usualmente hace referencia al denominado "pactum sceleris", esto es, el pacto de acelerar la producción del acto, que el funcionario normal y ordinariamente debe ejecutar.

Contando, entonces, con estas observaciones preliminares, vayamos a examinar y analizar la reglamentación legal que, en concreto, se dispensa en nuestro medio a la figura del cohecho.

[394] Ibídem, pág. 103.

CAPÍTULO SEGUNDO

COHECHO PROPIO

Conforme a la preceptiva contenida en el artículo 22 de la Ley 190 de 1995, el artículo 141 del Código Penal observa el siguiente tenor literal:

> "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 y 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".

1. ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

1.1. LOS SUJETOS.

1.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Sujeto activo de esta forma de conducta punible es el servidor público, sea que el mismo ostente tal calidad de manera permanente, o meramente transitoria, de tal manera que perfectamente puede acontecer que los abogados que, eventualmente, desempeñan las funciones de conjueces en los tribunales de distrito, así como los árbitros designados por las partes, con arreglo a las leyes civiles, comerciales o laborales[395]; pueden patentizar este tipo penal.

Ahora bien, puntualizando conceptos, debe especificarse que, fuera del ataque a la administración oficial, no existe lesión a un derecho particular, cuestión que se suma a los caracteres diferenciales con la concusión, pues en esta sí concurre ese ataque: En el cohecho, el corruptor entrega voluntariamente el dinero o las utilidades que sabe van a influir en la determinación del servidor, de modo que él mismo invierte su peculio según el interés pretendido, lo que no sucede en la concusión, en donde la entrega se efectúa a instancias de la coacción del servidor público.

1.1.2. *SUJETO PASIVO.*

Sujeto pasivo de la infracción es siempre y únicamente la administración pública ofendida con el comportamiento del funcionario público[396], de donde se sigue

---

[395] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Págs. 103-104.

[396] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 128.

que, finalmente, el sujeto pasivo de esta infracción es el Estado como titular del bien jurídico de la administración pública, único bien que resulta afectado con la conducta del actor[397], en el entendido que es el Estado el titular de el bien jurídico afectado.

A pesar de lo anteriormente expuesto, nada se opone a que una persona natural o jurídica, diferente al mismo Estado, resulte perjudicada con la observancia de este comportamiento delictual, puesto que puede suceder que del convenio entre el funcionario corrupto y el particular que corrompe, se siga un perjuicio patrimonial para un tercero, como cuando entre una de las partes de un proceso y el Juez, se acuerda la emisión de una sentencia en un determinado sentido (en todo caso contrario a la ley), perjudicando de esa manera los legítimos intereses de la otra parte quien, en cuento tal, podría constituirse en parte civil dentro del proceso penal adelantado por la comisión de ese cohecho.

1.2. LOS OBJETOS.

1.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

El presupuesto actual de la norma es la necesidad de evitar la venalidad de los servidores públicos. Es la necesidad de evitar que la administración pública se convierta en instrumento de expoliación e injusticia y que los cargos públicos sean medio de enriquecimiento indebido[398]. Por ello, BERNAL PINZÓN[399] anota que no hay duda de que la lesión más grave al prestigio, al normal desarrollo de la administración pública, a la seguridad de la función, se logra a través de este feo delito, en el que la venalidad del servidor público se pone por encima de la dignidad de la función que ejerce.

Y más adelante, de manera específica frente al cohecho propio, BERNAL PINZÓN[400] agrega que el objeto jurídico de la tutela penal, en esta forma de cohecho, es doble, ya que el agente del delito no solamente viola el deber general, que se predica de todos los funcionarios, de no aceptar retribución ninguna por los actos que en cumplimiento de sus deberes deben realizar, sino que también hay una violación del deber funcional en cuanto a la actividad de la función pública, y que ha sido desviada e invertida: En la forma impropia existe apenas una avidez de lucro, pero no la traición funcional que hace del cohecho propio una forma más grave. Por esta razón se justifica la mayor sanción prevista por la ley, y no, como sostiene PÉREZ, que "aquí se trata de un dolo más profundo, en cuanto implica actividad para salirse de sus funciones".

---

[397] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 80.

[398] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 96.

[399] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 99.

[400] Ibídem, págs. 127-128.

1.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

1.2.2.1. PRECISIÓN PRELIMINAR.

Si por objeto material del delito entendemos con FERNÁNDEZ CARRASQUILLA[401], pese a todas las críticas que él formula a tal concepto, "la persona, el animal o la cosa en que se concreta el derecho subjetivo o bien jurídico violado por el delito", pudiendo englobarse dentro de tal noción al mismo sujeto pasivo y, aún, a los instrumentos ejecutivos y los productos del punible -según destaca el mismo autor-, hemos de decir que no compartimos la opinión de algún sector doctrinal, encabezado por GÓMEZ MÉNDEZ[402] y MORENO BRAND[403], para el cual, en el cohecho propio, el objeto material lo constituye el dinero, la utilidad o la promesa remuneratoria, como que, en nuestro sentir, el objeto material de la figura delictiva que viene siendo analizada, se encuentra constituido, de manera directa, "por el acto" cuya fecha de emisión o contenido intrínseco, ha sido enajenado por parte del servidor, a instancias del precio o promesa remuneratoria.

Por ello, acogemos la tesis de PÉREZ[404], para quien este delito requiere de una causa y de un precio: La causa del convenio es la ejecución de un acto oficial determinado, o el simple propósito de llevarlo a cabo, sin que importe si es justo o injusto. Según el art. 141, la causa es más compleja, pues no se trata tan sólo de proposiciones o aceptaciones escuetas, sino de asegurarse que el acto oficial no se vá a producir durante cierto tiempo, o que vá a ser omitido, o que se va a llevar a cabo un atropello.

En cuanto a lo primero, como en los negocios jurídicos, se dice que la causa debe ser nítida, capaz de producir consecuencias, y no prestarse a error. Más aún, tratándose de acuerdos con efectos penales, la causa ilícita no debe quedar al vaivén de las interpretaciones, sino que ha de evidenciarse sin dudas. Si hay una compraventa de la autoridad, es indispensable saber qué es lo que se vende y qué lo que se paga.

Respecto a lo segundo, se tiene que el precio está representado por una de dos cosas: o bien por el dinero o cualesquiera otras utilidades que el servidor tiene recibidas efectivamente; o bien por el dinero o las utilidades que espera recibir más tarde, por sí o por interpuesta persona, debiendo estar el mismo precisamente determinado, ya que no valen las ofertas de beneficios en abstracto, o comunicadas en forma vaga, como diciendo: "veremos qué puede darse"; "luego arreglaremos", "esté seguro de que le irá muy bien", u otras expresiones semejantes.

---

[401] Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Fundamental.* Volumen I. Editorial Temis, Bogotá, 1986. 2a. ed. Pág. 189.

[402] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 80.

[403] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 103.

[404] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 268.

Con relación a este último punto, resulta indiferente el valor de la dádiva, con tal que el recibido tenga poder determinante frente a la voluntad del funcionario: En verdad, como dice PÉREZ[405] el dinero y la promesa son retribuciones y se destinan específicamente a obtener el acto oficial, lo cual entraña un interés en el retribuyente, la voluntad de recibir y la conciencia de que el acto no debe realizarse o dejar de realizarse de esa manera. Si el servidor promete llevarlo a cabo, no ya por una correspondencia necesaria, sino por motivos exclusivamente sentimentales, verbigracia la amistad, la compasión, el amor o la gratitud, no hay en el acuerdo delito alguno. A no ser que el amor se conceda u ofrezca mercantilmente, caso en el cual el servidor recibe o espera verdadera utilidad, esto es, un goce o una satisfacción.

1.2.2.2. *EL OBJETO MATERIAL EN EL COHECHO PROPIO.*

Con base y sujeción a la precisión que antecede, podemos nosotros decir que en el cohecho existen dos clases de objeto material: Uno, que podríamos denominar inmediato, que dice relación al acto indebido que se negocia; y otro, que cabría calificar de mediato, concerniente al precio o promesa remuneratoria que recibe o acepta el servidor a cambio o como contraprestación a aquel.

1.2.2.2.1. *EL OBJETO MATERIAL INMEDIATO: EL ACTO INDEBIDO.*

Varias con las características básicas del objeto material inmediato en el cohecho, a tiempo que varias pueden ser las variantes que el mismo puede observar, por lo que es dable predicar lo siguiente:

1.2.2.2.1.1. ***Caracterización del objeto material inmediato.***

En relación con el objeto material inmediato, podemos decir que el mismo se caracteriza por ser un elemento específico de carácter subjetivo del tipo; que debe ser futuro; que debe existir relación de retribución entre el precio y la conducta oficial indebida; que al momento de la dación o de la aceptación, el agente delictual no sólo debe observar la calidad de servidor público sino que, adicionalmente, debe ser competente; y, finalmente, que esa ilegitimidad del acto debe juzgarse en el momento de la dación o la aceptación. Veamos:

1.2.2.2.1.1.1. *Comporta un elemento subjetivo del tipo.*

La preposición "para" retardar u omitir, indica la subjetividad del funcionario en lo que toca a su acción, con lo que puede predicarse que comporta un elemento subjetivo del tipo, de donde se sigue, como trascendental consecuencia, que no es necesario que efectivamente el servidor omita el acto propio del cargo, o ejecute el acto contrario a sus deberes oficiales.

---

[405] Ibídem, pág. 269.

1.2.2.2.1.1.2. *El acto indebido debe ser futuro.*

El cohecho propio, recuerda ARENAS[406] siguiendo en ello un pronunciamiento efectuado por la H. Corte Suprema de Justicia en auto de Abril 5 de 1984, supone en nuestra legislación que la obtención del dinero o la aceptación de la promesa remuneratoria sean coetáneas con la finalidad -"para"- de retardar u omitir acto propio del cargo oficial o de ejecutar uno contrario a los deberes propios de aquel, pero anteriores al efectivo retardó, omisión o ejecución ilegal del acto oficial, si es que estos hechos llegaren a realizarse. En este aspecto existe importante diferencia entre la nuestra y la legislación penal italiana, en cuanto esta última extiende el cohecho propio allí denominado "corrupción por acto contrario a los deberes oficiales" (art. 319) a la hipótesis en que el actor reciba el dinero o la utilidad por haber actuado contra los deberes propios de su cargo o por haber omitido o retardado un acto oficial: situación esta no prevista como forma de cohecho en el ordenamiento punitivo colombiano, según se vió anteriormente, al examinar la corrupción subsecuente.

De esta guisa, se colige que no comete delito de cohecho el servidor público que recibe dinero por acto ilegal ya cumplido, si no ha existido acuerdo previo con la persona que le ofrece la dádiva o la promesa[407]: El legislador colombiano solamente previó el cohecho propio e impropio antecedente y no así el subsiguiente. La afirmación es fácil de verificar si se tiene en cuenta que la ley exige que se haya recibido la retribución (dinero, dádivas, etc.), "para omitir o retardar", etc., o "para ejecutar, etc."; con lo cual se está refiriendo a un acto futuro y no a uno que ya cumplió el malhechor[408].

En síntesis, que el acto indebido debe ser futuro se comprueba por dos vías: La primera, derivada del mismo texto legal, que señala que el pago debe ser "para" que el funcionario haga o deje de hacer algo, lo que encierra la idea de que primero es el pago, y luego el actuar del funcionario; y la segunda, extraida de las consideraciones al respecto anteriormente consignadas, por virtud de las cuales sosteníamos que, en nuestro medio la corrupción subsiguiente no era tenida como delictual.

1.2.2.2.1.1.3. *Debe existir relación de retribución entre el precio y la conducta oficial indebida.*

La retribución, dice PÉREZ[409], debe tomarse en el sentido de recompensa. La utilidad puede ser grande, pequeña, mínima, no importa, todo lo cual, se entiende, siempre que haya de por medio dinero o cualquier otra utilidad, lo mismo que

---

[406] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 48.

[407] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 82.

[408] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 128.

[409] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 269.

cuando se aceptan promesas remuneratorias, pues si las conductas se cumplen sin esos incentivos, el delito es un abuso de autoridad conforme las descripciones de los arts. 152 y siguientes[410].

Dicho de otra manera, debe existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero, etc., y el acto que se espera ejecute, omita o retarde el funcionario. No basta, por lo consiguiente, que el funcionario haya recibido la retribución del cohechador; es necesario que se haya pactado expresamente la contraprestación delictiva por parte del funcionario. Esto significa, asimismo, que la conducta bilateral de los dos sujetos necesarios del delito debe estar impregnada por el dolo[411].

Lo anteriormente expuesto, entonces, quiere decir, que si no hay una correspondencia directa entre la dádiva entregada u ofrecida, y el acto que debe cumplir el funcionario, de manera indebida, o estaremos en presencia de un cohecho aparente en los términos y condiciones del inciso segundo del artículo 142 del Código Penal (cuando se busca proteger y mantener a salvo el buen nombre, la buena imagen y la honradez formal de los funcionarios), o, en su caso, de un prevaricato, tal como lo conciben los artículos 149 y 150 del Código Penal (en la hipótesis en que el funcionario se haya "desviado del camino recto", sin que para ello haya necesitado de la motivación bajo halagos o promesas de beneficio, formuladas por terceras personas: él sólo ha incurrido, sin que haya existido impulso o animación ajena, en una infracción a los contenidos y mandatos de la ley, en cuanto hace referencia al ejercicio de su cargo y/o funciones).

1.2.2.2.1.1.4. *Es necesario que al momento de la dación o de la promesa, el agente delictual detente la calidad de servidor público.*

Si la aceptación del dinero u otra utilidad se produce antes de que el agente haya adquirido la cualidad personal, no puede darse el delito de corrupción, sino solamente otra figura delictuosa. Si, en cambio, la recepción del dinero o de la dádiva se obtiene después de adquirida la calidad, puede darse el delito de cohecho solo o en concurso material con el de falsedad (del testimonio, del peritazgo), habida cuenta que, en verdad, tanto el perito como el intérprete, antes de tomar posesión del cargo, no tienen la calidad de perito o intérprete; y por consiguiente, en relación con ellos, no se puede decir que puedan ejecutar actos contrarios a los deberes oficiales, porque -se repite- antes de asumir la investidura de tales, no tienen deberes oficiales[412].

Frente a tales personas, bajo tales hipótesis, en consecuencia, consideramos nosotros que bien podría estar en presencia, respectivamente, o de un soborno o de un falso testimonio, mas no de un cohecho, como viene de verse.

---

[410] Ibídem, pág. 267.

[411] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 128.

[412] Ibídem, pág. 132.

1.2.2.2.1.1.5. *El agente de la infracción debe ser competente.*

Es necesario que el sujeto agente tenga competencia para la ejecución de la conducta (activa u omisiva) ilegal. No se trata de la competencia en sentido estricto, sino de la competencia de manera general, desde el momento mismo en que la disposición alude a que se trate de la negociación sobre un acto propio del cargo o de los deberes oficiales, todo lo cual presupone que, en alguna forma, ese funcionario ha de ser el competente para tales efectos.

De esta consideración se desprenden varias circunstancias, cuales las del siguiente tenor: Que si la persona que negocia la función pública, ni siquiera ostenta realmente la condición o calidad de servidor público, a más de un delito contra el patrimonio económico (v. gr., estafa), estará incurriendo en un delito de usurpación de funciones públicas (art. 161 del Código Penal), o, en su caso, de simulación de investidura o cargo (art. 163, C.P), según haya sido, en concreto, la conducta ejecutiva por él desplegada, vale decir, según que lo que haya hecho haya sido usurpar las funciones o simular el cargo. En cambio, si lo que sucede es de que se trata efectivamente de un servidor público, que lo que hace es negociar las funciones públicas del servidor efectivamente competente al efecto, habrá de decirse que en lo que incurre, a más de un delito contra el patrimonio económico del damnificado con tal ofrecimiento (como es el caso de una estafa), estaría incurriendo, potencialmente, en un abuso de la función pública, tal como lo concibe y sanciona el artículo 162 del Código Penal.

1.2.2.2.1.1.6. *La ilegitimidad del acto, debe juzgarse al momento de la dación o de la aceptación.*

Para juzgar la ilegitimidad del acto que se compra, afirma MANZINI, citado por BERNAL PINZÓN[413], se ha de atender al momento de la dación o de la aceptación de la promesa sin que para la existencia del delito pueda tener ninguna importancia el hecho de que posteriormente se legalice la situación, cual sería el caso que se patentizaría, en el evento en que un detenido que diera u ofreciera dinero a un funcionario para obtener su libertad, la misma que fuese luego decretada luego por mandamiento del juez.

1.2.2.2.1.2. *Variantes.*

Lo indebido del acto negociado en el cohecho propio, puede ser tanto su fecha como su contenido. Veamos:

1.2.2.2.1.2.1. *La omisión y el retardo pactados.*

1.2.2.2.1.2.1.1. Sentido.

La culpabilidad, por dolo, no consiste simplemente en que de una parte se haga

[413] Ibídem, pág. 131.

la propuesta y de otra se acepte, sino en que la proposición tienda a asegurar que el acto oficial demandado no se vá a producir dentro de cierto tiempo, o que va a ser omitido, o que se dictará pero contrariando el deber que funcionalmente se le asigna al servidor[414], todo lo cual, a nuestro modo de ser, mira a los aspectos formales del acto: No se está negociando el acto mismo, y ni siquiera su contenido intrínseco, sino el momento de su expedición, la misma que busca ser retardada o definitivamente eliminada.

1.2.2.2.1.2.1.2. Significado.

Omitir es prescindir de ejecutar el acto, olvidarse voluntariamente de que el acto ha de cumplirse. Retardar es ejecutarlo fuera de los términos de que dispone el servidor, o sea, no dictarlo en tiempo oportuno y así hacerle perder su eficacia jurídica.

Es difícil apreciar en qué momento el acto no está omitido, sino simplemente retardado. Pero debe entenderse lo primero cuando ha pasado toda oportunidad para llevarlo a cabo; a tiempo que sucede lo segundo cuando el acto se realiza pero por fuera de los términos legales o de los que racionalmente imponen el oficio y las conveniencias de la administración, así como los derechos de los particulares, todo lo cual, se entiende, siempre que haya de por medio dinero o cualquier otra utilidad, lo mismo que cuando se aceptan promesas remuneratorias, pues si las conductas se cumplen sin esos incentivos, el delito es un abuso de autoridad conforme las descripciones de los arts. 152 y siguientes[415].

1.2.2.2.1.2.1.3. Caracterización: debe tratarse de un acto, propio del cargo.

Lo primero que debe aquí dilucidarse, es qué se entiende por acto propio del cargo: para tales efectos, digamos con BERNAL PINZÓN[416], que acto propio del cargo "es el acto en el cual se concreta la actividad propia del funcionario público": o sea aquel acto que realiza el funcionario atendiendo a sus funciones específicas, cumpliendo a cabalidad el mandato legal.

Sobre tal base, precisamente, explicando el sentido de la omisión y el retardo, en conexión con la vinculación al cargo, el mismo BERNAL PINZÓN[417] indicaba que la omisión hace referencia inmediata a la competencia funcional del agente, puesto que no se pueden omitir o retardar sino aquellos actos que el funcionario está obligado a cumplir o realizar dentro de determinados términos previstos por la ley, entendiendo que Omitir es el no cumplimiento deliberado, por parte del fun-

---

[414] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 266.

[415] Ibídem, pág. 267.

[416] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 128.

[417] Ibídem, pág 129.

cionario, del acto propio del cargo, sin que sea necesaria una previa petición para su cumplimiento, al paso que el retardo es el cumplimiento tardío del acto; es decir, fuera del término o con dilación respecto al momento en que debía cumplirse.

Así las cosas, es claro que la omisión o el retardo deben naturalmente hacer referencia a un acto ilegítimo del cargo, que entre en la competencia funcional del servidor público. Ninguna importancia tiene el hecho de que el acto interese al corruptor o a un tercero, porque no es el acto omitido o retardado el que se toma en consideración, sino el hecho ilícito de la omisión o del retardo.

Con sujeción a lo expuesto, se sostiene que dos situaciones pueden presentarse a partir de la idea de que el acto indebido, deba ser propio del cargo:

- La primera, que el acto no sea propio del cargo, por vías de lo cual se colige que si lo que vende el servidor público es un acto que corresponde a la esfera ajena, lo que se constituye es un tráfico de influencias, de acuerdo a los cánones del art. 147[418].

- Y la segunda, que la omisión o el retardo constituyan, de por sí, delito, evento en el cual emerge un concurso de hechos punibles sancionables de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 26: Si de la omisión se trata, podría presentarse un concurso con el prevaricato por omisión (artículo 150). Si se dicta el acto ilegal, surgiría el concurso con el prevaricato por acción (artículo 149). Y si se trata de un acto, que no exprese necesariamente una determinación jurídica (resolución, auto o sentencia), el concurso se generaría con el abuso de autoridad (artículo 152)[419].

1.2.2.2.1.2.2. *El pacto para ejecutar acto contrario a los deberes oficiales.*

En palabras de PÉREZ[420], es un dolo más profundo por cuanto implica actividad para imponer una voluntad arbitraria en oposición a las obligaciones correspondientes, que, como ha quedado dicho, ordinariamente figuran entre las funciones del servidor.

Este pacto para ejecutar acto contrario a los deberes oficiales, admite una doble caracterización: La primera, que comporta la violación de una parte de las funciones del servidor; y la segunda, que debe tratarse de un acto inherente a los deberes oficiales del funcionario.

- Sobre lo primero, vale decir, que comporta la violación de una parte de las funciones del servidor público, cabe decir que la omisión o el retardo se relacionan con cuestiones que están dentro del cargo. La modalidad que se examina se

---

[418] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 105.

[419] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 84.

[420] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 267.

refiere a la violación de una parte de las funciones: el agente no ejecuta lo que debe, sino lo que niega esa obligación[421]

- Y sobre lo segundo, esto es, que debe tratarse de un acto inherente a los deberes oficiales del funcionario, debe señalarse que deberes oficiales son aquellos que derivan de la órbita funcional derivantes de una norma legal y precisa. Por ello, se dice que tal exigencia se refiere únicamente a los deberes que ordinariamente están dentro de tales funciones, y no a todas las que corresponde según las normas orgánicas y los reglamentos de la institución donde se presta el servicio[422].

Dicho de otra manera, la locución "acto contrario a los deberes oficiales", enseña ANTOLISEI[423], comprende todo acto que esté en contraste con las normas jurídicas o con las instrucciones del servicio, como también con el uso del poder discrecional; es decir, con un uso que no se inspire en la parcialidad e injusticia o no corresponda al fin para el cual ha sido conferido tal poder. No importa que se trate de un poder específico o genérico, ni que el acto integre por sí mismo un delito o simplemente una infracción disciplinaria; la violación de la competencia es en todo caso contraria a los deberes del cargo.

1.2.2.2.2. *EL OBJETO MATERIAL MEDIATO: EL PRECIO O PROMESA.*

El precio que se paga u ofrece al funcionario debe consistir en dinero, dádivas o promesas remuneratorias. Si la ejecución del acto oficial se logra por obra de ruegos o súplicas, no hay cohecho. Si se obtiene por simpatía, hay prevaricato. Si se alcanza por medio de la violencia, hay delito contra funcionarios públicos (art. 164)[424].

1.2.2.2.2.1. *Significado.*

Dinero es todo elemento representativo de valor, que tenga poder liberatorio ante terceros, de suerte tal que por dinero sólo pueden tenerse y entenderse las monedas de curso legal en un espacio y en un tiempo determinado. Así, no serían dinero en Colombia, los dólares americanos (que no tienen poder liberatorio imperativo en nuestro medio), como sí lo serían en otros países, como por ejemplo en Panamá.

Utilidad, es todo provecho o beneficio que como consecuencia de su desviado actuar obtenga el agente. En sentir de ORTIZ RODRÍGUEZ[425], esta utilidad no puede ser sino una dádiva valuable pecuniariamente pero distinta del dinero. Tiene que ser así porque sólo pueden recibirse cosas transferibles. Por ejemplo: el sujeto

---

[421] Ibídem, pág. 267

[422] Ibídem, pág. 266.

[423] Citado por Bernal Pinzón. *Op. Cit.* Pág. 131.

[424] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 48.

[425] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 94-95.

recibe un millón de pesos. El sujeto recibe un automóvil. En el primer caso recibe dinero y en el segundo otra utilidad, tal como acaecería, en el ejemplo anteriormente propuesto, si recibiera dólares u otra moneda extranjera.

Promesa remuneratoria es el compromiso que se adquiere para con otra persona, y que ha de ser cumplido en el futuro (mediato o inmediato), que para esta última representa la obtención de una contraprestación a sus labores y/o actuaciones. Evidentemente, como lo asevera ARENAS[426], por promesa remuneratoria se entiende aquí la que se relaciona con cualquier bien codiciable o apetecible. Remunerar quiere decir recompensar, premiar, galardonar, y no solamente se recompensa, premia o galardona con dinero, sino también en otras formas, si se quiere más sutiles y perversas, que halagan la vanidad o los sentidos, sin que sean en realidad bienes o utilidades de índole patrimonial.

1.2.2.2.2.2. *Caracterización del precio y la promesa.*

Ese precio o promesa remuneratoria que, respectivamente, recibe o acepta el servidor a cambio del acto cuyo contenido u oportunidad negocia, se caracteriza porque puede ser tanto para sí como para otro; porque no es necesario que ellos se cumplan, pero en todo caso debe ser indebidos; porque es indiferente el monto o calidad de lo entregado o prometido, bajo el supuesto de que se encuentre ello precisamente determinado, siendo indiferente, igualmente, cuanto se reciba, a condición de que se haga por razón de las funciones o en atención al acuerdo previo; porque tanto pueden ofrecerse o entregarse, como recibirse o aceptarse, por interpuesta persona, debiendo significar, en todo caso, una retribución.

1.2.2.2.2.2.1. *Pueden ser para sí o para un tercero.*

Conforme a la redacción de la norma en comento, es indiferente que las dádivas o las promesas se reciban o acepten para sí o para un tercero. Pero si, por ejemplo, el agente entrega la dádiva o hace la promesa a un tercero para que influya sobre el ánimo del funcionario, sin que este tenga conocimiento de la promesa o de la dádiva, el empleado no comete delito de cohecho. Y el particular, en ese caso, tampoco infringirá la ley penal por este aspecto, aunque se le podría deducir responsabilidad por otro delito: el que define el artículo 147, que reprime el tráfico de influencias reales o simuladas. Mientras no se demuestre connivencia entre el funcionario y el tercero, o entre el servidor y el corruptor, no puede hablarse de cohecho[427].

En definitiva, recibe para sí cuando el servidor obtiene el provecho económico y recibe para un tercero cuando otra persona distinta del servidor es quien obtiene el beneficio o provecho[428].

---

[426] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Págs. 48-49.

[427] Ibídem, pág. 48.

[428] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op Cit.* Pág. 95.

1.2.2.2.2.2.2. *No es necesario que se cumpla el pago o la promesa, ni tampoco el acto indebido.*

No es necesario, para la perfección del delito, que quien hace la promesa la cumpla, ni que quien la acepta ejecute el acto ofrecido, basta el simple acuerdo de voluntades para que el delito se repute consumado[429], pues que, según lo ya expuesto, no se requiere la obtención efectiva de un provecho por parte del sujeto activo[430].

1.2.2.2.2.2.3. *La dádiva o la promesa, deben ser indebidas.*

Que la dádiva o promesa sean indebidas quiere decir que no deben ellas estar previstas en ninguna norma: Cuando la retribución sea debida (por ejemplo en el caso de los notarios y de los registradores), la entrega del dinero, o de la dádiva, o la promesa, no integra el ilícito; salvo, claro está, que la retribución supere ostensiblemente la cantidad de la debida legalmente.

Se tiene la retribución ilícita, dice MANZINI[431], no sólo cuando es remunerado un acto de por sí gratuito, sino también cuando se da o se promete y se acepta más de lo debido por un acto cuya retribución legítima está preordenada por el derecho, o establecida por la administración o por la jurisdicción en una medida fija o en el máximo exigible. En cambio, si se trata de una tarifa mínima, está implícita en ella la autorización para dar y recibir más del mínimo del mismo: Por ello, con sobrada razón en nuestro sentir, BERNAL PINZÓN[432] reprochaba "la fea costumbre que se ha impuesto especialmente en la capital de la república, en donde los profesionales pagan con excesiva largueza las copias, desgloses, notificaciones, etc., actos propios de las personas que desempeñan la secretaría de ciertos despachos"; y agregaba: "La costumbre ilícita que se ha implantado, felizmente no en los organismos jurisdiccionales, sino, más que todo, en aquellos del orden administrativo, de pagar para que el asunto que se tramita en esas oficinas "salga rápido" o "se mueva", o no lo pongan a "hacer cola", como muy comúnmente se dice, constituye un clásico cohecho. Esto es lo que llama el prof. CARRARA "dádivas ad accelerandum", y que, en su opinión, estructuran el cohecho".

No compartimos nosotros la tesis de PÉREZ[433], según la cual "el art. 141 suprimió lo indebido de la recepción de la promesa, porque toda compra de autoridad es indebida, cualquiera que sea el fin propuesto por los contratantes", por la sencilla razón de que, con las observaciones anteriormente consignadas, ha queda-

---

[429] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 48.

[430] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 81.

[431] Citado por Bernal Pinzón, *Op. Cit.* Pág. 103.

[432] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 113-114.

[433] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 266.

do en claro que casos hay en que sí puede el particular pagar al funcionario por lo que este último, en ejercicio y desarrollo de su cargo y/o funciones, hace: Lo que sucede, a nuestro modo de ver, es que en tales hipótesis lo que se desestructura es el juicio de disvalor propio de la antijuridicidad y, si se quiere, siguiendo en ello la teoría de la tipicidad conglobante expuesta por el profesor argentino EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, según la cual al momento de constatar el carácter eventualmente típico de una conducta, lo primero que debe hacerse es verificar cuál es la razón de ser, la razón de acriminación de tal conducta, para, sobre tal base, entrar a determinar si es o no típica, entonces diremos que en tales casos (cuando la persona le paga sus emolumentos al Notario o al Registrador), la conducta ni siquiera ha de ser considerada como típica: Luego, si el legislador de 1980, en relación con el de 1936, ha eliminado el vocablo de indebido, no es porque considere que toda compra de la autoridad es indebida, sino porque ha estimado, en nuestro sentir, se repite, que es ese un elemento propio de la tipicidad o, en última instancia, de la antijuridicidad, que por ínsito en la configuración de una conducta como punible, podía y debía ser omitido (con un sentido estrictamente técnico-jurídico).

Por esa razón no comete delito de cohecho el funcionario que recibe lo que se le debe, bien sea porque el estipendio está reconocido en la ley o porque se trata de crédito real. En ninguno de los dos casos existe venalidad, porque había justo título para recibir[434].

1.2.2.2.2.2.4. *Es indiferente el monto y la calidad de lo que se da o promete, a condición de que sea de alguna entidad.*

En un primer momento, se afirma que el monto y la calidad de lo que se da u ofrece es indiferente, quedando entonces naturalmente excluidos los regalos de cortesía que son de recibo en toda sociedad: Con todo, somos del parecer, anteriormente expuesto por ARENAS[435], de que el funcionario debe cuidarse de que esos homenajes no sean de naturaleza o cuantía que lo hagan sospechoso de venalidad, como que si bien puede ser que en esos casos puede no cometer delito, sí puede perder la confianza de los asociados y faltar al respeto debido a su investidura.

Lo expuesto significa, en consecuencia, que esa dádiva o promesa debe ser de suficiente entidad, es decir, de tal magnitud que sirvan de móvil a la conducta o sea que haya entre estas y aquellas una relación cuantitativa que permita equipararlas: Las dádivas o promesas de escasa significación, esto es, lo que los prácticos llamaban minúsculas como en el clásico ejemplo de la canasta de frutas aunque objetivamente puedan configurar la conducta punible de que se trata, no los acepta la doctrina moderna como cohecho a no ser que se trate de dádivas reiteradas,

---

[434] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 48.

[435] Ibídem, pág. 49.

según lo recuerda GÓMEZ MÉNDEZ[436], siguiendo un fallo de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, en auto de Enero 18 de 1979.

Esta consideración, precisamente, es la que nos permite distinguir los cohechos disfrazados, de los cohechos inocuos:

- Los cohechos disfrazados parten del supuesto de que si no alcanzan entidad delictiva los obsequios de mínimo valor ni las promesas remuneratorias no relacionadas con los actos de autoridad, sí la tienen atenciones de cierto relieve que, por eso mismo, se convierten en estímulos para que el servidor realice el retardo o la omisión o para que contraríe cualquiera de sus obligaciones oficiales: Hay diferencia entre el obsequio de un libro o de una botella de licor y el pago de los gastos de un largo viaje de placer realizado por el servidor o su familia, con la complacencia de aquel. Igual consideración, dice PÉREZ[437], vale respecto de los préstamos en dinero o especie que el funcionario acepta en su favor o en el de otra persona. Objetivamente vista esta operación, hay un contrato válido en cuanto la calidad de servidor público no imposibilita la operación. Pero si el contrato es causa para que el funcionario actúe, por no ser más que una maniobra disimuladora de la entrega del dinero, o para darle cierta dignidad al acto corruptor, se configura el cohecho.

- Diferentes a los anteriores son los cohechos inocuos, en los cuales no resulta pertinente hablar de la retribución del cohecho cuando el funcionario es objeto de atenciones usuales y corrientes que las normas de cortesía y educación han impuesto; o en aquellos casos en que, con motivo de fechas memorables para el funcionario, este objeto de atenciones por parte de sus amigos. Igual cosa se debe predicar de la entrega de dádivas cuando han tenido por razón o causa un acto de caridad cristiana[438].

1.2.2.2.2.2.5. *Las dádivas pueden ofrecerse o entregarse directamente, o por interpuesta persona.*

Las dádivas pueden entregarse o las promesas hacerse directamente al funcionario, o por medio de interpuesta persona. El intermediario, en estos casos, es cómplice de cohecho, a menos que reciba o acepte, no para el funcionario sino para sí o para otro a cambio de ejercer influencias reales o supuestas, pues en este caso, como dijimos antes, se incurre en otro delito no en el de cohecho, como apuntan ARENAS[439] y PÉREZ[440]; o que, en otra hipótesis, no supiera de la ilicitud del acto, por circunstancias objetivas.

---

[436] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 81.

[437] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 270.

[438] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 115.

[439] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 49.

[440] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 269.

1.2.2.2.2.2.6. *Las dádivas pueden recibirse o aceptarse directamente, o por interpuesta persona.*

Tal como lo destaca ORTIZ RODRÍGUEZ[441], el servidor recibe en forma directa cuando personalmente toma lo que le entregan y en forma indirecta cuando recibe a través de un intermediario.

1.2.2.2.2.2.7. *Es indiferente cuando se reciba lo prometido, a condición de que se haga por razón del cargo o por acuerdo previo.*

Conforme a esta premisa, así como a lo anteriormente expuesto al respecto, pueden presentarse algunos casos referenciales que podríamos señalar para efectos legales, los cuales serían: 1) Si se entrega la dádiva o se hace promesa al funcionario y este la recibe o acepta antes de ejecutar el acto ofrecido o de separarse del cargo, hay cohecho. 2) Si el funcionario acepta la promesa pero el donativo lo recibe después de que ha ejecutado el acto o se ha separado del cargo, sigue existiendo cohecho. 3) Si no se hace promesa alguna al funcionario, pero cuando ha dejado de serlo recibe una dádiva por razón del acto de su oficio, por ejemplo de una sentencia que favoreció al donante, creemos que en este último caso no existe cohecho[442].

1.2.2.2.2.2.8. *La promesa debe estar precisamente determinada.*

El precio, presente o futuro, debe estar precisamente determinado. No valen las ofertas de beneficios en abstracto, o comunicadas en forma vaga, como diciendo: "veremos qué puede darse", "luego arreglaremos", "esté seguro de que le irá muy bien", u otras expresiones semejantes. Es indiferente el valor de la dádiva, con tal que el recibo tenga poder determinante[443].

Pertinente resulta entonces resaltar que en providencia de Enero 26 de 1995, con ponencia del Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR, analizando el caso de algún congresista al cual se censuraban los rendimientos políticos de su gestión como utilidad o promesa remuneratoria de carácter ilícito, la Corte Suprema de Justicia se pronunció a este respecto, diciendo:

> "En lo que tiene que ver con el presunto cohecho, de entrada debe descartarse su tipicidad por la indeterminación y vaguedad del supuesto ofrecimiento a ellos formulado, del que no tiene por qué derivarse ninguna utilidad o promesa remuneratoria de carácter ilícito, para sí o para terceros. Y si de allí, posteriormente, surgen beneficios políticos, no puede ser éste el fundamento de una imputación criminal, puesto que buscarlos y obtenerlos es en buena parte objeto de su actividad".

---

[441] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op.Cit.*Pág.95.

[442] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Págs. 105-106.

[443] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 268.

1.2.2.2.2.2.9. *La dádiva y la promesa deben comportar una retribución.*

Tanto el dinero como la dádiva y la promesa deben tener el significado y el contenido de retribución, de contraprestación por el acto que debe ejecutar el funcionario[444]. Si el cohecho, como hemos visto, consiste esencialmente en un contrato ilícito (venta de un acto oficial), el dinero, la dádiva o la promesa, constituyen en precio o el pago que recibe el funcionario deshonesto por su obrar ilícito.

Siendo entonces así las cosas, diremos que la retribución, según la doctrina dominante, debe contener dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo. Subjetivamente es indispensable en la persona que da, la intención de hacer de la dádiva una verdadera retribución; mejor dicho: que lo haga con la consciencia y el propósito de pagar con ella el acto que compra. Desde el punto de vista objetivo, debe existir una relación directa entre el acto de que se trata y el dinero o la dádiva que se paga por él.

Bajo el aspecto objetivo, escribe MANZINI[445], el concepto de retribución implica las ideas de relación y de proporción al menos mínima. Y puesto que no hay corrupción sin retribución, el título de corrupción se excluirá siempre cuando en el caso concreto se verifique la falta de la mencionada relación o proporción mínima objetiva. En síntesis, la retribución (dinero o dádiva), debe recibirla el funcionario público a título de tal; no basta, por lo mismo, el acto material de la entrega, sino que es necesario el elemento sicológico[446].

1.3. LA CONDUCTA.

La acción descrita en la norma está basada concretamente en los verbos recibir y ofrecer que indican acción pasiva respecto a quien dá o entrega el bien o la dádiva o productividad. Ofrecer es prometer y es algo futuro. La sola oferta aceptada consuma el delito sin necesidad de que el servidor público cumpla su parte de voluntad: Así, el convenio consuma el ilícito, se consuma el cohecho propio cuando el servidor recibe el dinero u otra utilidad o acepta la promesa remuneratoria, como precio de la injusticia pactada[447].

Desde otro punto de vista, podría decirse que recibir es tomar uno lo que le entregan o envían. Así, lo que el sujeto toma es dinero u otra utilidad. Por su parte, aceptar promesa remuneratoria es aprobar lo que otro se obliga a entregar o hacer como recompensa[448]. Dicho de otra manera: Acepta promesas remuneratorias quien espera recibir después dinero, o posiciones más altas, contratos en los cuales el interesado, aunque ya no tenga el cargo, va a obtener utilidades. Realiza

---

[444] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 112.

[445] Citado por Bernal Pinzón, Op. Cit. Pág. 113.

[446] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 114.

[447] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 48.

[448] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 94-95.

la conducta de cohecho el servidor que habiendo ejecutado por interés un acto propio de su oficio, deja el puesto una vez cumplido su compromiso ilícito y va a ejercer actividades mejor remuneradas, obtenidas precisamente por ese medio[449].

2. ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL TIPO.

En el entendido de que la norma no comporta elementos específicos de carácter descriptivo, puede resumirse diciendo que ella sí presenta elementos subjetivos (cual sería el caso de la finalidad de la remuneración) y normativos (como lo son los conceptos de servidor público, recibir o aceptar, para sí o para un tercero, el dinero o la promesa remuneratoria, directa o indirectamente y finalmente, el propósito teleológico de la remuneración, que no es otro que el de retardar u omitir un acto propio del cargo, o el de ejecutar un acto contrario a los deberes oficiales).

A pesar de ello, eventualmente cabría pensar en la posibilidad de formas imperfectas en sede del cohecho, específicamente cuando la alternativa comportamental a través de la cual se materializa sea la de recibir, particularmente cuando ello acontezca a través de un tercero (caso en el cual es posible que la recepción no llegue a materializarse por circunstancias ajenas a la voluntad del agente).

3. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

3.1. FORMAS IMPERFECTAS: ADMITE TENTATIVA?

Discute la doctrina si el cohecho propio admite o no la tentativa, proponiéndose por parte de algunos autores, tales como GÓMEZ MÉNDEZ[450], ARENAS[451] y MORENO BRAND[452], que ello no es posible, habida cuenta que desde el momento en que el funcionario acepta la promesa remuneratoria, el hecho ya está consumado, cúmplase o no por parte del servidor, cúmplase o no por parte de quien ha hecho tal ofrecimiento, siendo esa la posición a la cual nosotros adherimos.

3.2. CONCURSO DE PERSONAS.

3.2.1. *CON LOS SUJETOS ACTIVOS DE LA INFRACCIÓN.*

Cada uno de esos autores (el servidor público y el particular) puede tener cómplice de su delito, siempre que quien con ellos participe conozca la calidad de la persona (servidor público) y el objeto de la promesa o dádiva. La del sujeto activo es calidad personal típica que se comunica a quien conociéndola presta su concur-

---

[449] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 269.

[450] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 83.

[451] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 48.

[452] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 105.

so[453]. En otras palabras, cada uno de estos autores puede tener cómplices de su delito, siempre que quien con ellos participe conozca la calidad de la persona (servidor público) y el objeto de la promesa y de la dádiva[454].

3.2.2. *LOS TERCEROS BENEFICIARIOS.*

Una tercera persona beneficiaria del delito será partícipe a título de cómplice en la medida en que lo haga sabiendo la corrupción. El cohecho lo agota el particular cuando hace su oferta en su debido caso y de acuerdo a los cánones del mismo Código Penal (art. 143), aunque el servidor público no lo acepte[455]. Así, los terceros son cómplices, según el art. 24, pues nadie recibe inocentemente lo que no se le debe, sino, como en el caso planteado, en virtud del ilícito contrato[456].

4. PUNIBILIDAD.

Enteramente acertada resultaba ser, en relación con el texto original del artículo 141 del Código Penal, la crítica que formulaba GÓMEZ MÉNDEZ[457] frente a la consecuencia jurídica que la patentización de la conducta allí descrita comportaba, puesto que no dejaba de aparecer como algo incoherente el hecho de que la pena para este grave atentado contra la administración pública, fuese menor que la contemplada para el hurto, e igual a la que se le impone a quien simplemente destruye o inutiliza una cosa ajena, tal como lo prevén los artículos 349 y 370 del Código Penal, respectivamente.

Por ello, si bien no somos nosotros partidarios de las penas largas, no es menos cierto que aparece como algo poco menos que lógico y, si se quiere, incluso coherente, que el denominado Estatuto Anticorrupción haya incrementado ostensiblemente el quantum de las penas para esta conducta, como que de una pena privativa de la libertad, en su modalidad de prisión de uno a cinco años, se ha pasado a contemplar una pena de prisión de cuatro a ocho años; y, de otro lado, de una anacrónica multa de cinco a cien mil pesos, se ha pasado a una multa de cincuenta a cien salarios mínimos legales mensuales. Finalmente, aunque en un primer momento podría pensarse que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, que sigue ostentando el mismo término en el texto actual que en el texto original del Código Penal (al señalarse, en ambas disposiciones que ella opera "por el mismo término de la pena principal"), es lo cierto que esta interdicción de derechos y funciones públicas sí ha variado en el término de su duración, al haber variado, como ha quedado visto, el término de duración de aquella, esto es, de la pena principal.

---

[453] Ibídem, pág. 104.

[454] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 47.

[455] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 105.

[456] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 266.

[457] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 84.

CAPÍTULO TERCERO

COHECHO IMPROPIO

En razón de las previsiones normativas contenidas en el artículo 23 de la Ley 190 de 1995, el inciso primero del artículo 142 del Código Penal observa ahora el siguiente tenor literal:

> "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 desempeño 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".

1. GENERALIDADES.

Desde el momento mismo en que se observa que los elementos tipificantes de esta figura son similares a los del cohecho propio, habrá de predicarse, en orden a su diferenciación, que se está en presencia de un delito de menor entidad, por cuanto el servidor simplemente recibe dinero adicional por el cumplimiento de su deber: En efecto, el servidor público afecta con su comportamiento la administración pública, no porque ejecute acciones ilegales, sino porque habitualmente el Estado le paga sueldo por el cumplimiento de sus funciones, y por ende cualquier otra prestación que reciba por el mismo concepto de parte de los particulares, es evidentemente ilícita[458].

En qué se diferencia, entonces, esta forma de cohecho, del cohecho propio?. La diferencia entre estas dos formas delictuales reside en que en el cohecho propio el servidor público se compromete a omitir la ejecución de un acto justo, a retardar uno de igual naturaleza o a ejecutar uno contrario a sus deberes, de suerte tal que en los tres casos comete, por precio, una injusticia; al paso que en el cohecho impropio el servidor público recibe el dinero o acepta la promesa remuneratoria por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, de tal manera que en esta hipótesis vende la justicia[459].

---

[458] Ibídem, págs. 84-85.

[459] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 50.

2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

2.1. SUJETOS.

Lo en su momento expuesto en relación con los sujetos en el cohecho propio, tanto desde el punto de vista activo como pasivo, es exactamente operante aquí, motivo por el cual puede remitirse a tal exposición.

2.2. OBJETOS.

2.2.1. *JURÍDICO.*

La razón de acriminación de la conducta en comento, no es otra que el propósito de evitar que la administración pública se desprestigie por la conducta deshonesta de los servidores públicos[460]. Es evitar que esa administración se ponga al servicio de quienes tienen poder económico y no les importa disponer de sus bienes para dominar esa administración. Es evitar que la imparcialidad y la justicia del ejercicio de funciones públicas se deteriore o ponga en peligro.

2.2.2. *MATERIAL.*

Al igual que se proponía en relación con el cohecho propio, en el cohecho impropio puede distinguirse entre un objeto material inmediato y otro mediato.

2.2.2.1. INMEDIATO: EL ACTO A EJECUTAR.

En relación con el objeto material inmediato en el cohecho impropio, puede decirse varias cosas: Que debe ser un acto propio de la función, que debe ser futuro, que es indiferente que se cumpla o no, y, finalmente, que no interesa la clase o naturaleza del acto.

- Sobre lo primero, que debe ser un acto propio de la función, se dice que acto de la función no puede ser sino el acto legítimo; es decir, aquel acto que encaja dentro de la competencia funcional o que representa el ejercicio de los poderes inherentes a la función que ejerce. El pactum sceleris en esta forma de cohecho, como se infiere nítidamente de las palabras empleadas por la ley, consiste en el contenido del acto mismo (que deba ejecutar): Esta característica, según la cual el acto debe ser de la competencia del funcionario, se evidencia, según BERNAL PINZÓN[461], en el ejemplo propuesto por CARRARA, quien dice que si un magistrado que no conoce de determinado negocio recibe una dádiva para recomendar el mismo asunto a su colega, quien lo va a fallar, no cometerá cohecho, salvo que tal funcionario sea agente secreto del colega, de donde se infiere, entonces, que si el acto no es de la competencia de quien lo ofrece sino de otro funcionario, podrá

---

[460] Ortiz Rodríguez. Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 98-99.

[461] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 115.

haber complicidad en el cohecho de tercero o incurrirse en tráfico de influencias[462].

- Sobre lo segundo, que el acto debe ser futuro, es dable sostener, conforme a la redacción misma de la norma, que el acto ofrecido por el servidor debe ser futuro, de tal manera que si el funcionario recibe un donativo cuando ha dejado el cargo, pero por razón o como premio de un acto que realizó en ejercicio de sus funciones, no es responsable de cohecho. Es, apenas, una indelicadeza no punible[463], habida cuenta, como se dijo, que según la redacción de la norma se atiende al caso del funcionario que acepta por un acto que ejecutará y no por uno que ya había ejecutado.

- En cuanto a lo tercero, que es indiferente que el acto se cumpla o no, se pregona que nada importa, para el perfeccionamiento de esta figura delictual, que el acto se cumpla o no; lo importante es que el funcionario reciba el dinero o la dádiva, o acepte la promesa remuneratoria para cumplirlo. Es por lo anterior por lo que se predica que el cumplimiento del acto no entra a hacer parte del elemento objetivo del delito[464].

- Finalmente se sostiene que no interesa la clase o naturaleza del acto, puesto que no se trata, en la figura, de un específico y determinado acto (auto, sentencia, resolución, etc.), ni menos que sea revocable o no.

2.2.2.2. *MEDIATO: LA REMUNERACIÓN.*

La retribución debe tener otra característica, y es la que debe ser indebida, es decir, no debe estar prevista en ninguna norma. Cuando la retribución sea debida (por ejemplo en el caso de los notarios y de los registradores), la entrega del dinero, o de la dádiva, o la promesa, no integra el ilícito; salvo, claro está, que la retribución supere ostensiblemente la cantidad de la debida legalmente.

Se tiene la retribución ilícita, dice MANZINI[465], no solo cuando es remunerado un acto de por sí gratuito, sino también cuando se da o se promete y se acepta más de lo debido por un acto cuya retribución legítima está preordenada por el derecho, o establecida por la administración o por la jurisdicción en una medida fija o en el máximo exigible. En cambio, si se trata de una tarifa mínima, está implícita en ella la autorización para dar y recibir más del mínimo del mismo.

2.3. LA CONDUCTA.

Todos los elementos del cohecho propios descritos en el art. 141 se conjugan también en esta otra modalidad: calidad de servidor público, aceptación o recibo

---

[462] **Arenas, Antonio Vicente.** *Op. Cit.* Pág. 50.

[463] **Ibídem,** pág. 51.

[464] **Bernal Pinzón, Jesús.** *Op. Cit.* Pág. 115.

[465] Citado por **Bernal Pinzón.** *Op. Cit.* Págs. 113-114.

para este o para un tercero, de dineros, utilidades o promesas remuneratorias, directas o indirectas. Pero el acto que el servidor se compromete a ejecutar ha de ser propio de sus funciones, entre las cuales están los deberes y las que le son meramente facultativas, o sea, actos que el agente puede realizar o no, sin que la no realización sea punible[466].

3. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES: POSIBILIDAD DE TENTATIVA.

Pese a que BERNAL PINZÓN[467] se muestra dubitativo en cuanto a la posibilidad de que esta forma delictual admita la posibilidad de tentativa, nosotros, compartiendo el criterio de GÓMEZ MÉNDEZ[468], estimamos que no hay posibilidad de conjugar formas imperfectas en esta variante del cohecho, como que, siendo indiferente que se cumpla lo acordado, tanto por parte de quien ofrece la utilidad indebida a cambio del acto, como por parte del funcionario mismo, desde el momento mismo en que este acepta tal ofrecimiento, se está en presencia de las modalidades perfectas y consumadas de la conducta punible.

[466] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 272.

[467] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 116-126.

[468] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 85.

CAPÍTULO CUARTO

COHECHO APARENTE

Toda vez que así lo dispone el artículo 23 de la Ley 190 de 1995, el inciso segundo del artículo 142 del Código Penal conjuga, en el presente, la siguiente redacción:

> "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".

1. GENERALIDADES.

Este delito -que también aparecía sancionado en el Código Penal de 1936 (art. 165)- se consuma cuando el servidor público recibe el dinero o las dádivas, con una sola circunstancia: que el donativo se haga por persona que tenga interés en asunto sometido a conocimiento de dicho servidor. No hay necesidad de demostrar la existencia de pacto, convenio o acuerdo en ningún sentido, pues entonces no habría cohecho aparente, sino propio o impropio, según sea, a su vez, lo ofrecido por el funcionario al oferente inicial[469].

Precisamente comentando la incidencia o trascendencia de esta variante delictual, GÓMEZ MÉNDEZ[470], señala que, aun cuando parece ser la forma menos grave de cohecho, realmente es la que más seriamente puede comprometer la independencia del funcionario público, ya que con esta conducta se busca obtener el favor, la buena actitud, la buena voluntad del servidor hacia el donante: Es el caso frecuente de los regalos dados a los servidores públicos por personas que tienen algún interés en un acto actual o futuro del funcionario[471].

---

[469] **Arenas, Antonio Vicente.** *Op. Cit.* Págs. 51-52.

[470] **Gómez Méndez, Alfonso.** *Op. Cit.* Pág. 87.

[471] Bastante ilustrativo en relación con los contenidos y alcances, no sólo dogmáticos sino político-penales de esta disposición, resulta ser el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Abril 26 de 1989, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez (y salvamento de voto de los Drs. Jaime Giraldo Angel y Lisandro Martínez Zúñiga) en la cual se postuló:

"Esta modalidad del cohecho (art. 142, inciso 2o.) aparenta un rigor excesivo, innecesario y hasta comprensivo de conductas inocentes, nada dañinas que propicia tratamientos injustos. Pero bien miradas las cosas, todos estos temores y recelos no obedecen a una atendible realidad. Tanta impor-

tancia tiene la figura, entendida en su exacto marco, que se la tiene por una forma refinada del cohecho, no por sutil menos perjudicial y efectiva, que incluso en otras legislaciones suele demandar sanción tanto para el funcionario como para el particular que la consuma. Evidentemente, el comportamiento, dentro del esquema típico señalado por el legislador, busca prevenir el ablandamiento del funcionario en cuanto a la imparcialidad que debe caracterizar el ejercicio de sus atribuciones, pues el halago, la atención, etc., pueden enervar su libertad, entorpecer la visión del conflicto que debe desatar y, en fin, dificultar el cumplimiento de la función oficial. Más allá de la eficacia de la administración pública también debe precaverse su insospechabilidad, pues no es dable el mantenimiento de esta cuando el interesado en una decisión es atendido en un ofrecimiento de dinero o utilidad por quien está encargado de asumirla, pues así no lo diga sí está sobrentendiéndose que se quiere buscar su favor en el asunto del cual conoce. De esta manera hasta la resolución acertada se impregnar de dudas y la desviada adquiere matices todavía más graves que llevan el juzgamiento a delitos de mayor entidad y de más significativa represión, dificultándose entonces y en grado sumo la prueba en contrario, pues en tales circunstancias es difícil aceptar la torpeza, el yerro o la ignorancia (...).

La ley no tolera que el empleado oficial desencadene una fraternidad de ocasión con las personas que intervienen en asunto sometidos a su conocimiento, la cual sólo puede explicarse por la gestión que al mismo se le ha encomendado en tal cuestión. Esta explosión de obsequios y regalos, así nada concreto se pida por ellos, aceptados por el empleado que podía y debía rehuirlos, debe merecer reproche y sanción, porque la justicia resulta estropeada en su buen nombre y termina por deteriorarse por afanes de mero yantar y complementarios, práctica que desde Ulpiano se presenta como sórdida e indigna, y, en el Deuteronomio se señala al Juez que "no torcerás el derecho ni te fijarás en la condición de las personas. No aceptarás regalos, porque los regalos cierran los ojos de los sabios y se hacen en perjuicio de los justos" (16:19, 20).

En el caso sub exámine ... se deduce que las atenciones sólo nacieron por consideración específica y única de que se trataba del juez que debía responder a pretensiones de carácter penal que ventilaban ante su Juzgado, las cuales en estas conocidas circunstancias, estaba obligado a rechazar en forma terminante.

Nada importa, para el caso, la naturaleza correcta o incorrecta de los actos cumplidos por el Dr. S... en el trámite del proceso a su cargo, porque el Legislador no exige en este evento que "el dinero u otra utilidad" se acepten por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, circunstancia que sí obra en el inciso 1o. del mismo artículo 142; tampoco en el inciso segundo aparece por parte alguna que la utilidad sea para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales, de lo que se ocupa el artículo 141 (cohecho propio).

Dentro del bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública, indudablemente está el normal desenvolvimiento de las funciones estatales, o sea que el Estado pueda desarrollar sin trastornos sus actividades legisladoras, judiciales y administrativas. Pero dentro de este bien jurídico también se comprenden valores como el prestigio, el decoro de la administración, el deber de fidelidad, deber del cargo, disciplina, etc.. De ahí que quienes no actúan como deben, quebrantan aspectos esenciales del poder público.

Refulge en esta norma -art. 142, inc. 2o.- el interés del Estado en la irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios, la cual sufriría por el hecho de la aceptación de invitaciones, presentes o cualquier otro tipo de utilidad ofrecidos por quien está interesado en asuntos sometidos a decisión del funcionario y por este aceptados, con los condicionamientos ya indicados. Para el caso, se recalca, atentó contra la buena imagen de la Justicia del doctor S..., cuando aceptó invitaciones e ingirió licor con quienes él sabía estaban bien comprometidos en el proceso a su cargo. Y tan fué así que el entonces sindicado y su familia, igual que otros particulares, atribuyeron su detención a esos agasajos. De ahí la denuncia que se instauró en su contra y la condena que ahora se le impone. Nada más alejado de la realidad entonces que sostener la ausencia de antijuridicidad material".

Precisamente por ello, aparece como pertinente invocar la providencia de Octubre 24 de 1989, proferida por la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ, en la cual, reiterando la sentencia de Abril 26 de 1989, proferida por esa misma Corporación con ponencia del Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, se indicó:

> "Este tipo de cohecho no ostenta la característica sustancial del cohecho como es la corrupción o la "venta" del acto de autoridad (para que actúe "indebidamente" o "debidamente" -art. 141 y 142.1-), y por ello mismo se le conoce como cohecho aparente, pero se encuentra así tipificado porque de todos modos entraña un daño a la administración pública, que, por un lado, ve desdibujada su pureza con estos "favores" provenientes de personas "interesadas", y, por el otro -para este caso-, la rectitud y eficacia de la administración de justicia se torna razonablemente cuestionable, toda vez que es dable prever que el empleado oficial tienda a favorecer -consciente o inconscientemente- a la persona de quien ha recibido un beneficio. Esa mera posibilidad es, ya, una mácula para la administración pública, y en este evento concreto, para la administración de justicia.
> Sobre la lesión que este tipo de cohecho causa al bien jurídico, dijo la Sala en sentencia de 26 de Abril de 1989:
> "Evidentemente, el comportamiento, dentro del esquema típico señalado por el legislador, busca prevenir el ablandamiento del funcionario en cuanto a la imparcialidad que debe caracterizar el ejercicio de sus atribuciones, pues el halago, la atención, etc., pueden enervar su libertad, entorpecer la visión del conflicto que debe desatar y, en fin, dificultar el cumplimiento de la función oficial. Mas allá de la eficacia de la administración pública también debe precaverse su insospechabilidad, ..." (Magistrado Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez)".

2. CARACTERIZACIÓN.

Lo que, en definitiva, caracteriza esta forma de cohecho, son tres circunstancias:

- En primer término, que no hay convenio alguno entre la persona interesada en el acto o función, y el funcionario encargado de emitir el acto o de desarrollar la función. Por ello, ORTIZ RODRÍGUEZ[472] pregona que la expresión "de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento" significa que esa persona tiene un interés individual mediato o inmediato, directo o indirecto, y que "el asunto está sometido a su conocimiento" quiere decir que está bajo su competencia, que tiene capacidad legal para ejecutar actos tendientes a la decisión del asunto o a la tramitación del mismo.

- En segundo lugar, que las dádivas se entregan u ofrecen por razón del cargo, no debiendo (ni pudiendo) existir, desde el punto de vista típico, ninguna vincula-

[472] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 98.

ción anterior y diferente, de tal manera que si eran viejos amigos o parientes y acostumbraban hacerse regalos, es obvio que no hay delito en ellos[473].

- Y en tercera instancia, que las dádivas son entregadas u ofrecidas por parte de una persona que, precisamente, se encuentra interesada, mediata o inmediatamente, en tal acto, de donde se sigue que la expresión "asunto está sometido a su conocimiento" quiere decir que está bajo su competencia, que tiene capacidad legal para ejecutar actos tendientes a la decisión del asunto o a la tramitación del mismo.

3. PUNIBILIDAD.

Comentando el texto original del inciso segundo del artículo 142 del Código Penal, GÓMEZ MÉNDEZ[474] decía que no dejaba de ser sintomática y poderosamente llamativa la sanción prevista por el legislador para el evento de la observancia de este comportamiento, como que la sanción para el funcionario debería ser mayor, toda vez que con su conducta compromete su independencia en el ejercicio de la función pública: Extrañamente, la pena de cohecho aparente, en el texto original del Código Penal, resultaba ser mayor para el particular (tres meses a dos años de arresto, en el texto original del artículo 143 del Código Penal) que para el servidor público.

Por ello, reiteramos, aparece como apenas lógico que el Estatuto Anticorrupción haya aumentado las penas para el evento de la observancia de estas conductas, en los términos ya indicados en el comienzo de este acápite.

---

[473] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 107.

[474] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 88.

CAPÍTULO QUINTO

COHECHO POR DAR U OFRECER

En atención a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 190 de 1995, así como al contenido de la sentencia C-709, de Diciembre 19 de 1996, proferida por la Corte Constitucional, que declaró inexequible el parágrafo único de tal disposición, el artículo 143 del Código Penal enseña, ahora, el siguiente contenido normativo.

> "El que de u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos 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 pública por el mismo término".

1. GENERALIDADES.

Hemos visto que en el caso del cohecho cuando se comete por parte del servidor público, simultáneamente se genera responsabilidad penal para la persona -usualmente un particular- que concurrió a la materialización de tal hecho, haciendo la entrega del dinero u utilidad, o formulando la promesa remuneratoria. Por ello, se dice que en el caso de que el sujeto activo dé al servidor público, surge un tipo bilateral -técnicamente, plurisubjetivo-, pues ambos cometen el hecho punible, tanto quien "peca por la paga como quien paga por pecar"[475].

Dicho de otra manera, siendo el delito de cohecho uno de los llamados plurisubjetivos, era necesario que el legislador previera y sancionara con norma especial la conducta del corruptor o cohechador, por haber adherido a la teoría que sostiene la unidad del delito de cohecho, en contra de aquella que lo considera como una pluralidad, según vimos anteriormente.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE ESTA DISPOSICIÓN.

Se trata aquí, entonces, de una norma extensiva o integrativa, y no, como se sostiene por muchos autores, de una norma acriminante con carácter autónomo en donde se estructure o tipifique un delito autónomo: Es norma integrativa o extensiva, en el sentido de que lo que hace la norma es extender la punibilidad o la sanción al otro sujeto de la relación delictiva, sin crear, por lo mismo, ningún tipo especial de delito.

---

[475] Ibídem, págs. 85-86.

Como se trata de una norma extensiva, en ella no se hace diferencia de las dos especies de cohecho (propio o impropio); la norma se limita a decir que se sanciona a la persona que haya hecho la promesa o la dación "para los fines allí previstos"; o sea, para que el funcionario realice el acto propio de las funciones, emita, retarde, etc.; sin hacer distinción ninguna en cuanto a la forma de cohecho por la cual se da o se promete[476].

Con todo, creemos, y ello tiene trascendencia y significancia para la posibilidad de deducir formas imperfectas a esta modalidad comportamental punible, que todo depende de cuál de los dos extremos proviene la iniciativa, así como de la aceptación o no que exista en relación con tal proposición:

2.1. En efecto, si la iniciativa de negociar la función pública (cual es la imagen rectora del cohecho), proviene del servidor público, habrá de distinguirse, de cara a la deducción de su nivel y rango de responsabilidad penal:

- Si el particular acepta tal ofrecimiento ("déme tanto dinero, para yo fallar en su favor", y el particular acepta la propuesta): Hay cohecho, propio o impropio para el servidor, según sea el caso (lo que se haya prometido a hacer), debidamente consumado; y, con respecto al particular, habrá de decirse que se conjuga el cohecho por dar u ofrecer del artículo 143, debidamente consumado, confirmándose así el carácter de plurisubjetivo de esta figura delictual;

- Empero, si el particular no acepta, creemos que habrá tentativa de cohecho para el servidor, si se trata de un cohecho propio (pues que la norma alude a los vocablos recibir o aceptar, entendiendo que el primero admite fraccionamiento en su ejecución, por lo que es posible la tentativa), lo que, como se dijo anteriormente, no sería tan claro en el cohecho impropio (que, al contener el vocablo aceptar como única forma ejecutiva, excluye la posibilidad de fraccionamientos ejecutivos y, por tanto de tentativa, en cuyo caso, consideraríamos atípica la conducta de ofrecimiento de un "pactum sceleris" por parte de un servidor a un particular, que no es aceptado por parte de este último). Y, como es claro, el particular no sería en tal caso susceptible de responsabilidad penal ninguna, lo que, de paso, nos estaría mostrando una hipótesis en que, fácticamente, el cohecho no aparece como un tipo penal plurisubjetivo, como que en el caso de la tentativa de cohecho propio (cuando el funcionario verifica el ofrecimiento de negociar la función pública y el particular no acepta), el único que conjugaría responsabilidad penal sería el primero, y no el segundo.

2.2. Ahora bien, desde la otra perspectiva, si el ofrecimiento proviene del particular, habrá que decir que ese sólo comportamiento no traduce ya, necesariamente, la consumación del cohecho por dar u ofrecer del cual trata el artículo 143 del Código Penal, pues que habría que distinguir:

---

[476] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 134.

- Si el funcionario acepta el ofrecimiento, cabría la deducción de un juicio de responsabilidad penal por cohecho (propio o impropio, según el caso), en relación con el servidor público, así como de un cohecho por dar u ofrecer en relación con el particular, en su versión consumada, reiterándose así la tesis de que el cohecho es un tipo penal plurisubjetivo;

- Empero, si el funcionario no acepta, tendríamos que él no incurriría en nada, desde el punto de vista jurídico penal; como sí el particular que estaría incurriendo en una tentativa de cohecho por dar u ofrecer, en la medida en que al no haber existido la aceptación por parte del funcionario, no estaríamos en presencia de "los casos previstos en este capítulo" (tal como reza el artículo 143 del Código Penal), lo que está exigiendo que si alguien ofrece, es porque alguien acepta; y si alguien dá, es porque alguien recibe. Luego, si hay quien dá, pero no hay quien reciba, no podemos decir que el primero (el que dá u ofrece), incurrió en un delito consumado, en los términos del artículo 143 del Código Penal: Este planteamiento, en consecuencia, nos vuelve a demostrar que, excepcionalmente, el cohecho puede llegar a observar una naturaleza monosubjetiva.

3. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

3.1. SUJETOS.

Sujeto activo de esta variante comportamental puede serlo cualquier persona, ya que se trata de un agente delictual indiferenciado o indeterminado, de tal manera que podría serlo no sólo un particular, sino también otro servidor público, pues que nada se opone a que un servidor público le ofrezca dinero a otro, para que haga o deje de hacer algo propio de su cargo y/o funciones.

A su turno, cabría señalar que, como en los otros tipos de cohecho el sujeto pasivo es el Estado, pudiendo traerse nuevamente a colación la discusión anteriormente consignada en torno a la posibilidad de que un tercero pueda llegar a ostentar la calidad de perjudicado con la comisión de esta infracción a la ley penal.

3.2. OBJETOS.

En cuanto al objeto jurídico de la disposición, podría decirse que el presupuesto actual de la norma es la necesidad de evitar que los servidores públicos trafiquen ilícitamente con sus funciones. Es evitar la venalidad de esos servidores y la corrupción de la administración. Es evitar que la debida imparcialidad e independencia en el ejercicio de funciones públicas se deteriore o ponga en peligro[477].

Ahora bien, desde la óptica del objeto material, resulta procedente introducir, una vez más, la distinción entre el objeto material inmediato, y el objeto material mediato:

[477] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 101.

- El objeto material inmediato se encuentra constituido por los actos finalísticos a los cuales tiende la conducta de la persona que pretende inducir al funcionario en cohecho: Para que la acción constituya la conducta es necesario que se dirija específicamente a uno de los fines mencionados en los otros artículos del capítulo, esto es, que el sujeto activo de la infracción le dé o le ofrezca una utilidad indebida al funcionario, para que este deje lo que tenga que hacer, o lo haga contrariando sus deberes oficiales, todo lo cual vuelve a poner de presente la íntima conexión que existe entre esta forma delictual y "los dos artículos anteriores".

- El objeto material mediato, a su turno, lo configura el dinero o la utilidad: Siempre que se trata de conceptos por nosotros analizados en páginas precedentes, a tales comentarios ahora remitimos.

3.3. LA CONDUCTA: DAR U OFRECER.

La entrega del objeto (en sentido genérico) debe efectuarse, bien para que el funcionario falte a su deber (cohecho propio), o para que cumpla un acto propio de sus funciones, por persona que tenga interés en asunto sometido al conocimiento del funcionario, de tal manera que si el particular ofrece o entrega el dinero o la dádiva por otra razón, no comete delito de cohecho. Tal sería la hipótesis de un particular que ofrece o regala joyas a una servidora pública porque se encuentra perdidamente enamorado de ella[478].

4. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES: TENTATIVA.

Un gran sector doctrinal considera que no es posible la tentativa de cohecho por dar u ofrecer, tal como lo sostienen MORENO BRAND[479] y GÓMEZ MÉNDEZ[480]. Concretamente, este último expone:

> "En cuanto al **ofrecimiento**, supone acción delictuosa sólo para el particular, cuando el empleado oficial rechaza la propuesta indebida. Se trata entonces de un tipo instantáneo, ya que el delito se estructura con el solo ofrecimiento. Por lo tanto, no es concebible la tentativa".

Nosotros somos del parecer, anteriormente presentado, de que sí es posible predicar la posibilidad de formas tentadas en el cohecho por dar u ofrecer, por los argumentos y consideraciones ya consignados al respecto, a los cuales se suma la opinión de PÉREZ[481], según la cual sí es posible la forma tentada del cohecho por dar u ofrecer, en la medida en que:

> "Si la persona a quien se hace el ofrecimiento, acepta la promesa, salta a la vista la bilateralidad en los hechos de dar y recibir. Si el empleado escucha la propuesta corruptora sin darse por enterado de ella,

---

[478] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 86-87.

[479] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 108.

[480] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 86.

[481] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 273.

o la rechaza, no hay cohecho. Podría, a lo sumo, configurarse el grado de tentativa, imputable a quien propone la entrega o la promesa".

5. PUNIBILIDAD.

Comentando la disposición contenida en el texto original del artículo 143 del Código Penal, ARENAS[482] sostenía, con toda razón a nuestro modo de ver, que "el cohecho queda casi siempre impune, debido a que tanto el corruptor como el corrompido tienen interés en ocultarlo". Más aún, sobre la base y en atención a tal parecer, GÓMEZ MÉNDEZ[483] proponía, en relación con el mismo texto original de la disposición en comento, la disminución cuantitativa y cualitativa de la sanción, para "permitir la investigación del hecho, puesto que, de por sí, es poco menos que irrisoria la sanción eventualmente imponible al particular que acude ante el funcionario para proponerle la negociación de la función pública, agregando que tan mínima sanción (tres meses a dos años de arresto, para la época de vigencia del texto original de este artículo del Código Penal), ciertamente hace parte de los costos operativos del ofrecimiento a los servidores públicos, como que el agente delictual sabe de antemano que si la oferta le es aceptada, obtendrá lo que persigue, a más de la muy segura impunidad de su actuar; pero que si el mismo no es aceptado, lo único que recibirá, a nivel de sanción, serían tres a veinticuatro meses de arresto, lo que no solamente significa excárcelación, sino condena de ejecución condicional, en los términos de la actual codificación penal adjetiva.

Por ello, sin duda, acogiendo tales críticas, el Estatuto Anticorrupción estableció una forma de terminación anormal del proceso penal, por extinción de la acción penal, en el parágrafo único del artículo 24 de la Ley 190 de 1995, en razón del cual:

> "PARÁGRAFO. - Si la investigación se iniciare por denuncia del autor o partícipe 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".

Qué era lo que quería decir entonces, ese parágrafo?. Tal como lo dijimos en la primera edición de esta obra, ese parágrafo, que no era más que una forma de romper el círculo cerrado de la impunidad para el cohecho, quería decir que bien

---

[482] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 52.

[483] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 87.

podía cualquiera de los dos sujetos comprometidos en la materialización de tal negociación, arrepentirse de lo hecho, y poner el evento dañoso en conocimiento de las autoridades, pues que si observaba tal proceder dentro de los quince días siguientes a la materialización de esa conducta, se haría merecedor a la extinción de la acción penal, a condición de que su denuncia y las pruebas que aportase como soporte de la misma, hubieren servido de fundamento, cuando menos, para la apertura de investigación en contra de la otra persona que había concurrido a la materialización de tal cohecho.

Se buscaba con tal disposición, decíamos en esa oportunidad, romper el círculo de impunidad que rodeaba (y rodea) esta forma delictual, en la cual ninguna de las dos partes comprometidas en el mismo (corruptor y corrompido) estaba interesada en que saliese a la luz pública su actuar, en el entendido de que ambos podrían ser penalmente sancionados: Con la disposición así implementada, no solamente se buscaba prevenir esta forma delictual, infundiendo mutua desconfianza a corruptores y corrompidos (porque el uno temería que el otro, dentro de los quince días siguientes, se arrepintiese de lo que había hecho, y pusiese el evento en conocimiento de las autoridades); sino que, desde otro punto de vista, se buscaba introducir un mecanismo a través del cual se tuviera noticia y conocimiento no sólo sobre la patentización de estas conductas (a partir de la denuncia instaurada por uno de sus realizadores, que recibiría como beneficio el que la acción penal se extinguiera en su favor), y, lo que es más, se aportasen las pruebas tendientes a dar apertura (cuando menos) a un proceso penal en contra de este ultimo.

Y a pesar de todo lo dicho, no eramos nosotros partidarios ni defensores de esta disposición, como que, tal como lo decíamos en esa primera edición de esta obra[484], en contra de la misma cabía formular duras críticas al fomentar la impuni-

---

[484] En esa oportunidad (Págs. 260C y 260D), planteábamos:

"Lo que es claro es que, si bien en un principio esta novedosísima reglamentación (que, en el futuro, valdría la pena que el legislador nacional considerara, por ejemplo, para delitos tales como el "aborto", en donde opera similar situación de impunidad por las mismas razones), que refleja unos discutibles (eso no podemos dejar de reconocerlo), criterios político-criminales y político-penales, pareciera ser adecuada, pertinente y conveniente para un país como el nuestro, no deja de presentar algunos reparos, como por ejemplo, el que, a nuestro modo de ver, se quedó corta en su concepción.

En efecto, es claro que si es el particular el que denuncia al servidor público aportando las pruebas correspondientes, como por ejemplo alguna forma de comprobación de que entregó él alguna suma de dinero al servidor, para que este último hiciera o dejase de hacer algo propio de sus funciones, el primero quedará cobijado por la "extinción de la acción penal" que contempla la norma, a tiempo que el segundo habrá de enfrentar el correspondiente proceso penal por "cohecho" (en la modalidad comportamental pertinente). Empero, preguntamos nosotros: ¿Qué sucede si el caso es al contrario, vale decir, que sea el servidor quien denuncie al particular? ¿Habrá de aportar prueba del dinero o dádivas que recibió?. Y, en tal caso (como creemos que debiera ser), deberá dejar tal dádiva a disposición del Estado (como, igualmente, creemos que debiera ser)?

Ciertamente, no fue clara la norma en tal sentido y, por ello, posiblemente, pudiera estar dando pábulo, finalmente, a la impunidad, pues que bien podría un funcionario "jugarse su puesto" por una buena ganancia económica, por hacer o dejar de hacer algo propio de su cargo. Luego, una vez reali-

dad, tanto por consideraciones intrínsecas como extrínsecas. Tanto era ello así, que la Corte Constitucional, en sentencia C-709, de Diciembre 19 de 1996, con ponencia del Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL, en la cual se declaró la inexequibilidad de este parágrafo, entre otras consideraciones, presentó las siguientes:

> "Las normas que estructuran el delito de cohecho en sus diferentes modalidades tienen como sustrato un valor moral y ético en cuanto persigue una finalidad útil a la comunidad, como es la de combatir los fenómenos de corrupción asociados a las acciones que ponen a precio la función pública, es decir, la venta concluida entre un particular y un servidor público de un acto u omisión perteneciente al haz de funciones o competencias que en desarrollo de aquella le han sido asignadas y para los cuales el ordenamiento jurídico no autoriza una contraprestación.
>
> (....)
>
> La norma del artículo 143 del Código Penal denota una falta de coherencia interna, en el sentido de que el sujeto que dá u ofrece la ventaja económica y, por consiguiente comete el delito, es el mismo que posteriormente denuncia el hecho punible y obtiene como beneficio la extinción de la acción penal. Por su parte, el otro sujeto, el servidor publico que acepta o recibe dicha ventaja, y por lo tanto también comete el delito, es exonerado de la referida acción. De este modo, se premia en ambos casos a quien delinque y luego denuncia el hecho.
>
> (...)
>
> La norma acusada plantea un conflicto entre la eficacia y la impunidad. En efecto, dentro del deber que tiene el Estado de perseguir y sancionar el delito, indudablemente las acciones que despliegue con este propósito, se vinculan con la idea de eficiencia y eficacia, de modo que los hechos delictuosos no queden impunes. En este orden de ideas, podría admitirse que dicha norma es eficaz en cuando (sic) tiende a debilitar o romper el acuerdo o concierto entre el particular y el funcionario en lo relativo a la negociación de actos propios de la función pública y de todas maneras persigue punitivamente a uno de los actores o partícipes del hecho ilícito. No obstante, la ganancia que se

---

zado el "cohecho", ser más rápido que su oponente y llegar primero ante las autoridades correspondientes y poner en conocimiento de éstas tal ilicitud, expresar que el dinero o dádiva que recibió ya se lo gastó, y buscar el beneficio de la "extinción de la acción penal": Por tal vía, como decíamos, se estaría elevando a la categoría de "costos operativos" de la ilicitud, el que se determinase la desvinculación de ese servidor de la administración pública. De allí, en consecuencia, que nos hubiese parecido más acertado, conveniente y justo, que la última parte del inciso primero del parágrafo en comento, hubiese señalado que el servidor público que buscase hacerse merecedor a este beneficio, habría de lograrlo, siempre y cuando dejase a disposición del Estado, el bien (dinero, dádiva) que le había sido inicialmente entregado por parte del particular o, en la fórmula que se emplea en otros de los tipos penales modificados por esta misma ley 190 de 1995, que se hubiese utilizado la fórmula de que incurriría él(el servidor) "en multa equivalente al valor del enriquecimiento", esto es, al valor de lo recibido".

produce en términos de eficacia, se convierte en una pérdida por la impunidad que se genera al no perseguir penalmente a una de las personas que participaron en el ilícito.

(...)

La Corte considera que debe darse prevalencia al principio de moralidad de la función pública sobre el principio de la eficacia de la actividad estatal. En este sentido, se considera que la norma acusada no se justifica constitucionalmente, porque el beneficio de la extinción de la acción penal es un factor que genera impunidad, en cuanto exonera de la acción a quien denuncia no obstante ser autor o partícipe del delito".

Sea de ello lo que fuere, lo cierto del caso es que se está aquí en presencia de un agudo problema probatorio, que es precisamente el que da pábulo a un elevado nivel de impunidad. Empero, el que ello sea así no autoriza desconocer las reglas y condicionamientos propios que a la actuación oficial impone el Estado de Derecho, según lo recordase la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Septiembre 30 de 1997, con ponencia del Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO:

"...si se tiene en cuenta que la presentación de pruebas y la controversia de las que significan cargos para el procesado, son componentes esenciales del debido proceso (art. 29), no pueden emitirse sentencias condenatorias basadas en hipótesis no comprobadas o en el mero rumor público, elementos que apenas sí pueden servir para orientar equilibradamente la investigación, mas no para adoptar decisiones que comprometan la libertad individual.

Es verdad que esta clase de arreglos ilegales no se hacen a la luz pública, como lo advierte el tribunal de instancia, pero ello no releva al Estado-jurisdicción de la prueba que desvirtúe la presunción de inocencia (C.P.P. art. 445), pues, de lo contrario, deben refinarse los métodos de búsqueda, con sumo respeto por las garantías fundamentales, a través de mayores datos que faciliten el razonamiento indiciario. Por más que se agudice la suspicacia, dentro del Estado republicano democrático de Derecho, no se puede adquirir la certeza a partir de la subjetividad del juez, pues este siempre será el destinatario de reglas jurídicas para la reconstrucción histórica de los hechos, el logro del conocimiento y la valoración de los medios y formas de fijación de la evidencia".

SUBSECCIÓN CUARTA
CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

0. INTRODUCCIÓN.

Tal como lo destaca GÓMEZ MÉNDEZ[485], el Código Penal de 1936 no contemplaba un capítulo especialmente relativo al régimen de la contratación administrativa, por cuanto para la época de expedición de tal codificación, eran ciertamente pocos los contratos que celebraba el Estado, a tiempo que era relativamente pequeña su cuantía. Sin embargo, con el surgimiento de la actividad empresarial del Estado, de una parte; y el aumento considerable de las obras públicas y el desarrollo de actividades anteriormente no contempladas (como las relativas a la radio y la televisión, por ejemplo), de la otra, se desarrolló lo que podría denominarse una rama independiente del derecho administrativo, cual es el derecho de la contratación administrativa.

Paralelamente, entonces, surgieron igualmente las acciones de funcionarios inmorales, dirigidas a obtener ventajas indebidas de su participación en la contratación del Estado, apareciendo entonces el bien jurídico de la "contratación administrativa", entendido como el interés del Estado en que la participación de los funcionarios en la celebración de los contratos de la administración pública, no esté influida por intereses particulares, unidos a la corrupción administrativa.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Pese a que, como acaba de decirse, el Código Penal anteriormente vigente no contemplaba reglamentación especial alguna para el régimen de la contratación administrativa, desde la óptica jurídico-penal, es lo cierto que sí existían en él dos disposiciones que de alguna manera podían ser aplicadas a esta temática, cuales las contenidas en los artículos 162 y 167, que respectivamente disponían:

> "ART. 162. - El funcionario o empleado público, que al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato o licitación pública, en la liquidación de efectos o haberes públicos, o en el suministro de los mismos, se concertare con los interesados o especuladores para obtener determinado resultado, o usare de cualquier maniobra o

---

[485] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 90.

artificio conducente a ese fin, incurrirá en prisión de uno a ocho años".

"ART. 167.- El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, incurrirá en interdicción perpetua de derechos y funciones públicas y en multa de ciento a tres mil pesos.

Esta disposición se aplicará a los peritos, árbitros o administradores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación intervengan o hubieren intervenido, y a los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a los respectivos pupilos y sucesiones".

En relación con tales disposiciones, cabría entonces formular las siguientes observaciones:

- En primer término, que mientras la disposición contenida en el artículo 162 del Código Penal de 1936 era doctrinalmente conocida como cohecho por fraude (como que, inclusive, aparecía ubicada dentro del capítulo correspondiente al cohecho); la segunda aparecía encuadrada como el artículo único del artículo correspondiente al capítulo de las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas;

- Y, en segundo lugar, y específicamente en relación con el artículo 167, no dejaba de ser poderosamente llamativo el hecho de que se contemplara como pena principal la interdicción perpetua de derechos y funciones públicas; amén de que era, al mismo tiempo, una disposición aplicable al campo estrictamente privado, como que se aplicaba a tutores, curadores y albaceas, con lo que se denotaba una ausencia manifiesta de técnica legislativa.

Fue, entonces, en el seno de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal, reunida en el año de 1974, donde apareció una primera alusión legislativa a la temática que nos ocupa, como que dentro del Capítulo correspondiente a las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas se introdujo un artículo, identificado con el número 169, según el cual:

"El funcionario o empleado público o el trabajador oficial que, en ejercicio de sus funciones celebre contrato con su consocio en sociedad distinta de la anónima, o con pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, incurrirá en prisión de uno a tres años y multa de un mil a cincuenta mil pesos.

Se impondrá la misma pena cuando el agente realiza la conducta descrita en el inciso anterior con un consocio o con un familiar de quien lo designó o intervino en su designación".

Y ya en la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal de 1976, se dedicó un capítulo completo a la celebración indebida de contratos, incluyendo las siguientes modalidades: violación del régimen de inhabilidades e incompatibilida-

des (art. 171); concertación fraudulenta (art. 172); interés ilícito en la celebración de contratos (art. 173); aprobación o celebración indebida de contratos (art. 174); pactar precios superiores a los permitidos en un contrato de arrendamiento o de enajenación de inmuebles (art. 175); y adquisición de objeto inadecuado, obsoleto, inservible, innecesario o suntuario (art. 176)[486]. Esa reglamentación, no está por demás decirlo, fue objeto de duras críticas, en su momento, por parte de autores como ANTONIO VICENTE ARENAS[487], quien censuraba por "farragosa" esa enunciación dentro del Código Penal, pues que si bien admitía que tales comportamientos, y aún otros, admitían ser calificados como delictivos, lo criticable era "la falta de técnica, la profusión de disposiciones que pueden y deben compendiarse en una de las llamadas normas en blanco", para concluir diciendo: "Este capítulo es uno de los más desatinados del proyecto, no solo por antitécnico, sino porque confunde infracciones penales tan distintas como la celebración indebida de contratos y el peculado. Esta hibridación de elementos jurídicos es la que ha llevado a la Comisión a reproducir, en el capítulo de la celebración indebida de contratos, la norma que sobre reintegro total o parcial de valores aparece en el capítulo del peculado (arts. 162 y 176 del proyecto)".

Quizá por ello, el Código Penal actualmente vigente contempla solamente tres modalidades delictuales, en relación con el capítulo que nos proponemos examinar ahora, a saber: La violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (art. 144); el interés ilícito en la celebración de contratos (art. 145); y el contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Empero, antes de acceder a la revisión de estos tres tipos penales, los mismos que desde el punto de vista punitivo han sido modificados por el artículo 57 de la ley 80 de 1993, consideramos nosotros oportuno y conveniente efectuar un breve repaso y revisión en torno a los principios y fundamentos que orientan, en nuestro medio, la contratación administrativa.

2. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA[488].

2.1. RAZÓN DE SER DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

Lo primero de lo cual habremos de ocuparnos en sede de la temática correspondiente a la contratación administrativa se trata, será de clarificar por qué y con quién contrata el Estado: A la primera pregunta, podremos fácilmente responder

---

[486] Ibídem, pág. 91.

[487] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Págs. 53-55.

[488] Una excelente exposición en torno a esta temática, y de manera particular en torno a los contenidos y alcances del Estatuto de Contratación Administrativa actualmente vigente (Ley 80 de 1993) es presentada por:

Palacio Hincapié, Juan Angel. *La Contratación de las Entidades Estatales.* Librería Jurídica Sánchez. Medellín. 1997. 1a. ed.

que el Estado contrata para responder al cumplimiento y ejecución de las funciones sociales que le han sido encomendadas.

En efecto, desde el momento mismo en que el Estado ha asumido un papel intervencionista en la sociedad, de tal manera que ha pasado él a ser el motor fundamental que sirve al cumplimiento y satisfacción de las necesidades fundamentales de los coasociados, es claro que es a él quien compete prestar servicios tales como los de salud, educación, comunicaciones, recreación, obras públicas, etc., etc.. Empero, es igualmente claro que no siempre puede el Estado cumplir por sí mismos tales funciones, teniendo en cuenta dos realidades: De una parte, que la misma Administración se encuentra jerarquizada, compartimentalizada, fragmentada, de tal manera que en muchas oportunidades una instancia de la Administración se ve obligada, por razones de necesidad o conveniencia (práctica, económica o, aún, política), a contratar con otra instancia de la Administración, como, por ejemplo, cuando un municipio se ve obligado a contratar la labor de recolección de basuras en su comprensión territorial, con una empresa de servicios públicos de otro municipio. Y de la otra, que en muchas oportunidades los particulares desempeñan mejor, más efectiva y económicamente algunas tareas y funciones, que el mismo Estado.

Tales realidades, a más de explicar por qué contrata el Estado, nos explican de paso, con quién contrata la Administración, a saber, con la misma Administración y, en algunos casos, con particulares, comprendiendo en esta ultima noción, a otros Estados y, aún, a consorcios internacionales (como ha acontecido en nuestro país para la ejecución de megaproyectos de infraestructura, cual es el caso que se ha planteado en relación con hidroeléctricas, vías o sistemas de transporte o comunicaciones, etc.).

2.2. EL PROCEDIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

Conocido por qué y con quién contrata el Estado, resulta pertinente esclarecer cuáles son las etapas que, según la ley nacional, se siguen en orden a la aludida contratación administrativa, pudiéndose decir que tales etapas, fundamentalmente, son cuatro: preparatoria, de celebración, de ejecución y de liquidación del contrato. Veamos:

2.2.1. *ETAPA DE PREPARACIÓN.*

La etapa de preparación del contrato administrativo es aquella en la cual se cumplen los pasos previos para la celebración del contrato, pudiendo ser ubicados en ella, básicamente, tres operaciones, a saber: registro de proponentes, pliego de condiciones y licitación.

2.2.1.1. REGISTRO DE PROPONENTES.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 22 de la ley 80 de 1993, "todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las

entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo". Así, contando con la documentación que haya sido al efecto presentada, "las Cámaras de Comercio conformarán un registro especial de inscritos clasificados por especialidades, grupos o clases de acuerdo con la naturaleza de los bienes o servicios ofrecidos, y expedirán las certificaciones o informaciones que en relación con los mismos se les solicite" (inciso tercero, artículo 22, ley 80 de 1993), entendiéndose que la certificación que en tal sentido expida la respectiva Cámara de Comercio "servirá de prueba de la existencia y representación del contratista y de las facultades de su representante legal e incluirá la información relacionada con la clasificación y calificación del inscrito" (inciso cuarto, artículo 22, ley 80 de 1993).

Ahora bien, conforme lo dispone el mismo artículo 22 de la ley 80 de 1993 (inciso sexto), "no se requerirá este registro, ni de calificación ni de clasificación, en los casos de contratación de urgencia", "contratación de menor cuantía", "contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, contratos de prestación de servicios y contratos de concesión de cualquier índole y cuando se trate de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el Gobierno Nacional"; entendiendo que ese registro de proponentes es público y que, consecuencialmente, "cualquier persona puede solicitar que se le expidan certificaciones sobre las inscripciones, calificaciones y clasificaciones que contenga" (inciso 7o. artículo 22, ley 80 de 1993).

2.2.1.2. *PLIEGO DE CONDICIONES.*

Contando con el registro de proponentes, elaborado bajo los parámetros anteriormente indicados, cuando ello sea necesario, esto es, cuando quiera que la Administración haya de contratar, deberá elaborarse el respectivo pliego de condiciones de la obra a ejecutar, del bien a comprar (por parte de la Administración) o del servicio a prestar (por parte de los contratistas, a la misma Administración).

Por ello, en atención a lo dispuesto en el numeral 5o. del artículo 24 de la ley 80 de 1990, se tiene que en los pliegos de condiciones deben indicarse los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; definirse las reglas objetivas, justas, claras y completas, que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso; definirse con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; no incluirse condiciones o exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren; definir el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía; etc..

2.2.1.3. *LICITACIÓN O CONCURSO.*

Dispone el artículo 24 de la ley 80 de 1993, que en virtud del principio de transparencia, "la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos", salvo excepciones como las relativas a los contratos de menor cuantía (que no son otros que los indicados en el literal a., del numeral 1o. del artículo 24, ley 80 de 1993), los contratos de empréstito, interadministrativos (con excepción del contrato de seguro), para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos (que sólo puedan encomendarse a determinadas personas), el de arrendamiento o adquisición de inmuebles, los de urgencia manifiesta, los de adquisición de bienes y servicios que se requieran para la seguridad y defensa nacional, cuando no exista pluralidad de proponentes, los que se celebren para la prestación de servicios de salud, etc., en los cuales podrá presentarse la modalidad de contratación directa.

En los demás casos, según el objeto, naturaleza, cuantía y número de proponentes inscritos, deberá practicarse, según sea el caso, licitación abierta o concurso privado de méritos: En la primera modalidad, pueden participar todos los proponentes que a bien lo tengan; en la segunda modalidad, sólo aquellos que se encuentren inscritos, y que ostenten una determinada clasificación y, particularmente, una específica calificación (como que es apenas lógico pensar que un megaproyecto de infraestructura, como una represa, un aeropuerto internacional, un servicio de transporte masivo, etc., sólo pueda ser asignado a un contratista que cuente con una determinada capacidad técnica y operativa, que demuestre experiencia previa y solidez económica y financiera, algo que, de por sí, ya excluye la posibilidad de que se admita a tal concurso a muchos de los potenciales contratistas).

2.2.2. *ETAPA DE CELEBRACIÓN.*

En esta etapa, como su nombre lo indica, una vez seleccionado el contratista que habrá de ejecutar la obra, suministrar el bien o prestar el servicio, esto es, una vez efectuada la adjudicación del contrato, se procede a celebrar, esto es, a protocolizar el mismo.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la pluricitada ley 80 de 1993, "los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deben cumplir con dicha formalidad". Y, por virtud de lo dispuesto en el parágrafo único del artículo 39 de la ley 80 de 1993, algunos contratos de menor cuantía (como los que en ese mismo parágrafo se indican, en atención de los presupuestos de las entidades oficiales contratantes), observan la característica de que no tienen que cumplir con las formalidades plenas de contratación administrativa, de tal manera que "las obras, trabajos, bienes y servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el

jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto".

Por su parte, y complementando la reglamentación anteriormente reseñada, el artículo 41 de la misma ley 80 de 1993 señala que "los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito", si bien se subraya (inciso 2o. artículo 41, ley 80 de 1993), que "para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes", entendiendo, en todo caso, que "los contratos estatales son "in tuitio personae" y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante".

Finalmente, y en cuanto hace con la celebración del contrato, tiénese que en el caso de situaciones de urgencia manifiesta, "que no permitan la suscripción del contrato escrito, se prescindirá de este y aún del acuerdo acerca de la remuneración; no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante" (inciso cuarto, artículo 41, ley 80 de 1993).

2.2.3. *ETAPA DE EJECUCIÓN.*

En esta etapa, como su nombre igualmente lo indica, una vez seleccionado el contratista que habrá de ejecutar la obra, suministrar el bien o prestar el servicio, y una vez perfeccionado el contrato respectivo, el contratista se aplicará a la ejecución de la obra, suministro o servicio que le ha sido encomendado, en donde es claro que puede operar la tarea fiscalizadora tanto por parte del Ministerio Público (artículo 62, ley 80 de 1993), como de la Fiscalía General de la Nación (artículo 64, ejusdem), de las autoridades que ejercen control fiscal (artículo 65, ejusdem) y de la propia ciudadanía (artículo 66, ley 80 de 1993).

2.2.4. *ETAPA DE LIQUIDACIÓN.*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

En esta etapa, que consiste en la recepción, por parte de la Administración, de las obras ya terminadas, según ejecución desarrollada por el contratista, las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar: En el acta de liquidación, en consecuencia, constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las eventuales divergencias presentadas, y poder declararse mutuamente a paz y salvo.

Dispone la misma ley, que para la liquidación del contrato se exigirá al contratista, si es del caso, la extensión o ampliación de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

2.3. CAPACIDAD PARA CONTRATAR.

Partiendo de la premisa contenida en el inciso primero del artículo 40 de la ley 80 de 1993, según el cual "las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza", se tiene que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6o. ejusdem, "pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente como capaces en las disposiciones vigentes".

Con todo, justo es reconocer que frente a esa capacidad genérica que para contratar con la Administración, se le reconoce a las personas naturales o jurídicas, la propia Constitución Nacional, así como diferentes frentes legales, se ocupan de establecer unas inhabilidades así como unas incompatibilidades para contratar.

2.3.1. *LAS LIMITACIONES A LA CAPACIDAD CONTRACTUAL.*

2.3.1.1. INHABILIDADES.

La inhabilidad es un hecho o circunstancia que limita o excluye la capacidad legal para contratar con la Administración, de tal manera que la sanción legal para el acto así celebrado (esto es, contrariando tal prohibición), es la de la nulidad del acto o contrato (precisamente, por falta de capacidad contractual, si bien de manera relativa, pues que no opera frente a todas las personas, sino tan sólo en relación con la Administración).

Así, por ejemplo, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución Nacional, es claro que "los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación", exceptuándose de tal prohibición del nepotismo, "los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos".

Igualmente a nivel de la Constitución Nacional, encontramos ejemplos genéricos de inhabilidades en el artículo 127, por razón del cual "los servidores públicos no podrán 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", salvo las excepciones legales.

Evidentemente, la propia Constitución Nacional contempla algunos ejemplos adicionales de inhabilidades, pero por referencia específica a los congresistas, respecto de los cuales, en el artículo 180, llega a disponer que no podrán ellos:

> "2o. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La Ley establecerá las excepciones a esta disposición.
>
> .....
>
> 4o. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban dónaciones de este. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones".

Respecto de los mismos congresistas, el reglamento del Congreso, contenido en la ley 5a. de 1992, también se encarga de establecer algunas inhabilidades adicionales para tales servidores públicos, a nivel de la contratación administrativa, como es la contenida en el numeral 3o. del artículo 280, según el cual, no pueden ser elegidos congresistas:

> "3o. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección".

Finalmente, huelga decir que el mismo estatuto de contratación administrativa (Ley 80 de 1993), se encarga de establecer algunas inhabilidades genéricas, esto es, para todos los servidores públicos, dentro del ámbito de la contratación administrativa, cuando a nivel del artículo 8o. establece las siguientes:

> "1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:
> a.) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las Leyes;
> b.) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados;
> c.) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad;
> 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 adjudicado;
> f.) Los servidores públicos;
> .....".

2.3.1.2. *INCOMPATIBILIDADES.*

La incompatibilidad es aquel hecho o circunstancia que riñe con la contratación, y torna ilícita la causa o el objeto del contrato, y que, de manera fundamental, se presenta cuando se ejercen dos o más cargos públicos a la vez.

Precisamente con tal fundamento, el artículo 1o. del Decreto Ley 3074 de 1968, modificatorio del artículo 9o. del Decreto 2400 de 1968, dispone:

> "En defensa de la Economía del Estado, les está prohibido a los empleados: solicitar o recibir, directamente o por interpuesta persona, gratificaciones, dádivas o recompensas como retribución por actos inherentes a su cargo; solicitar o aceptar comisiones en dinero o en especie por concepto de adquisición de bienes y servicios para el Estado; prestar, a título particular, servicios de asesoría o de asistencia en trabajos relacionados con las funciones propias de su empleo; percibir más de una asignación del Tesoro Público, de acuerdo con lo establecido por el artículo 64 de la Constitución Nacional [de 1886, aclaramos] y el artículo 9o. del Decreto 2285 de 1968; obtener préstamos y contraer obligaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales se tengan relaciones oficiales en razón del cargo que se desempeña; intervenir directa o indirectamente en la suscripción de contratos con el Estado y en la obtención de concesiones o de cualquier beneficio que implique privilegios a su favor, salvo en los casos en que por mandato de la ley los deba suscribir".

Por ello, en consecuencia, no debe extrañar que la Constitución Nacional de 1991 haya establecido algunas incompatibilidades genéricas (esto es, de observancia por parte de todos los servidores públicos), así como algunas específicas (para el caso concreto de los congresistas).

Entre las primeras, esto es, las incompatibilidades genéricas, cabe resaltar las contenidas en los artículos 128 y 129 de la Carta Fundamental, los que observan el siguiente tenor literal:

> "ART. 128. - Nadie podrá desempeñar más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.
> Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas".
> "ART. 129. - Los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno".

De paso, vale la pena aclarar, en relación con el contenido normativo del artículo 128 de la Constitución Nacional, que por razón del parágrafo primero del artículo 180 de la Constitución Nacional, la cátedra universitaria ha quedado ex-

cluida del régimen de incompatibilidades, especialmente en cuanto hace relación con los congresistas.

Y es que, precisamente en relación con estos últimos, la Carta Fundamental de 1991 establece algunas incompatibilidades específicas, como la contenida en el numeral primero del artículo 180, por razón del cual los congresistas no pueden desempeñar cargo o empleo público o privado, ni ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos, lo que, de por sí, está creando para ellos una incompatibilidad contractual.

Como si lo anterior fuera poco, y en relación con las incompatibilidades establecidas para los congresistas a nivel de la contratación administrativa, tiénese que el artículo 282 de la ley 5a. de 1992 (reglamento del Congreso), desempeñar cargo o empleo público o privado (numeral 1o.), como tampoco ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos, si bien, por vía excepcional, pueden ejercer la cátedra universitaria (art. 283.1) y, siendo profesionales de la salud, prestar ese servicio cuando se cumpla en forma gratuita (art. 283.10, Ley 5a. de 1992).

Ahora bien, a nivel del régimen general de la contratación administrativa, se tiene que el numeral 2o. del artículo 8o. de la ley 80 de 1993, se encarga de establecer, para todos los servidores públicos, algunas circunstancias constitutivas de incompatibilidad para contratar.

2.3.2. *REGLAMENTACIÓN DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.*

Algunas reglamentaciones particulares se establecen, tanto a nivel de la Constitución Nacional, como del estatuto de la contratación administrativa, y del reglamento del Congreso, en relación con las inhabilidades e incompatibilidades, no sólo para los servidores públicos en general, sino de los congresistas en particular:

2.3.2.1. *EN RELACIÓN CON LOS CONGRESISTAS*, a partir de lo dispuesto en el numeral 1o. del artículo 183 de la Constitución Nacional, según el cual "los congresistas perderán su investidura por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o del régimen de conflicto de intereses", resulta poco menos que lógico que la misma Constitución se ocupe de indicar, en su artículo 181, que "las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo"; y que, de otra parte, el artículo 182 de la misma Constitución disponga que "los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración".

2.3.2.2. *EN RELACIÓN CON LOS SERVIDORES PÚBLICOS*, en general, se tiene que, pudiendo la inhabilidad o, en su caso, la incompatibilidad ser sobrevinientes, en

relación con el contratista, en el evento de que una tal situación llegare a presentarse, éste deberá ceder el contrato, previa autorización escrita de la entidad contratante, o, si ello no fuere posible, habrá él de renunciar a su ejecución (artículo 9o. ley 80 de 1993).

Finalmente, conforme lo prevé el artículo 10o. de la ley 80 de 1993, "no quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten, ni a las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política", esto es, los referentes a la venta que el Estado haga de la participación que tenga en una empresa.

3. REGLAMENTACIÓN LEGAL DE LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

Conocido que el interés jurídico aquí tutelado no es otro que el de la trasparencia que debe presidir el ejercicio de la función contractual de la Administración, de tal manera que no obre el menor asumo de duda en torno a su imparcialidad, honestidad y honradez, resta por anotar sólo dos cosas, antes de acceder al estudio particularizado de las disposiciones legales aquí contenidas:

- La primera, que por medio del artículo 57 de la misma ley 80 de 1993, fueron modificadas las sanciones originalmente previstas en el Código Penal, para el evento de la patentización de uno cualquiera de estos tres tipos penales, como que tal artículo dispuso:

> "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".

- Y la segunda, que tomando como base lo expuesto por MORENO BRAND[489], podremos recordar que algunos tratadistas sostienen "que la tipicidad del art. 144 es aceptable, la del 145 resulta inocua por incompleta y la del 146 es una inútil y gravosa reiteración de la tipicidad del 144".

3.1. VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.

A tenor de lo normado en el artículo 144 del Código Penal, modificado por el artículo 57 de la ley 80 de 1993, se tiene que

[489] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 112.

> "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 e incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales".

Tal sería entonces, para el momento actual, la redacción y contenido del artículo 144 del Código Penal, si no fuese por las modificaciones generales introducidas a todos los tipos penales alusivos al tema de la administración pública, en los artículos 18 y 32 de la ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), que llevan al contrasentido -dado que, ciertamente, fué otro el propósito y espíritu de tal ley-, de disminuir el quantum de la pena imponible, desde el punto de vista pecuniario, para esta forma delictual. En efecto, a la luz de tal observación, se tiene ahora el siguiente contenido normativo para el artículo 144 del Código Penal:

> "El [servidor público] que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en [multa entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes].

Lo expuesto demuestra, una vez más, que cuando el legislador nacional emprende reformas, no pareciera estar al tanto de qué es lo que está vigente, exactamente, para ese preciso momento histórico y qué es, en consecuencia, lo que debe modificar: No es lógico, por decir lo menos, que cuando se quiere ser más drástico contra la corrupción -como presuntamente quería serlo la ley 190 de 1995- incrementando a toda costa el quantum de las penas imponibles, se desconozca el contenido previo del artículo 57 de la ley 80 de 1993, y se reduzca la pena pecuniaria, que se encontraba fijada para esta figura delictual entre veinte y cincuenta salarios mínimos mensuales, a unos topes entre diez y cincuenta salarios mínimos legales mensuales.

No es que estemos abogando por el endurecimiento de las penas, pues que es clara nuestra posición en contra de tal aspiración. Lo que estamos es poniendo de presente cómo, una vez más, el legislador parece desconocer lo que él mismo, en el pasado inmediato, ha hecho: ¿Cómo modificar el texto del Código Penal, sin tener en cuenta los contenidos del artículo 57 de la ley 80, que es apenas del año de 1993, en el entendido de que el denominado Estatuto Anticorrupción es tan sólo dos años posterior a aquella?

Sea de ello lo que fuere, contando con tal base normativa, procederemos nosotros a practicar la revisión del correspondiente tipo penal, atendiendo al análisis de los elementos del tipo, tanto genéricos como específicos:

3.1.1. *ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.*

3.1.1.1. *SUJETOS.*

El sujeto activo de esta infracción a la ley penal, tal como lo indica el mismo tipo penal que acaba de transcribirse, está constituido por un servidor público, de

tal manera que puede decirse que es este un tipo penal de sujeto activo calificado, en razón de sus especiales calidades o condiciones como miembro, corriente o circunstancial, de la Administración.

Es claro que ese sujeto activo, a más de su cualificación como servidor público, se encuentra circunstancialmente cualificado, en la medida en que se exige, conforme a la redacción que actualmente presenta la disposición que se examina, que sea uno de aquellos sujetos que, en ejercicio de sus funciones, intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato, de tal manera que, como dice PÉREZ[490], puede ser sujeto activo de esta infracción no sólo el que tramita, sino el que controla, asesora y hasta el que firma el contrato pertinente.

Sujeto pasivo de esta figura delictual puede serlo, tan sólo, el Estado, en tanto titular del bien jurídico Administración Pública que es, finalmente, y de manera exclusiva y excluyente, el afectado o lesionado con la observancia de este comportamiento desviado.

3.1.1.2. OBJETOS.

El objeto jurídico propio de esta figura delictual, está representado en el interés del Estado en que la participación de los funcionarios en la celebración de los contratos, no esté influida por intereses particulares, unidos a la corrupción administrativa, como dice GÓMEZ MÉNDEZ[491], a lo cual agregaríamos nosotros que, a más de esa transparencia en la celebración del contrato, tiénese como objeto jurídico de esta disposición el mantener incólume la buena imagen, la confianza y la respetabilidad de la Administración frente a los coasociados, todo lo cual se tutela a través de la protección penal del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En cuanto al objeto material, puede decirse que la conducta ejecutiva recae sobre un contrato de la administración, concepto ese que ha de ser ya por nosotros suficientemente conocido y comprendido.

3.1.1.3. CONDUCTA.

La conducta ejecutiva propia de este tipo penal, a nuestro modo de ver, es compuesta, como que no sólo consiste en intervenir en las etapas de tramitación, aprobación y/o celebración del contrato, sino que, de otra parte, debe hacerlo con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades.

3.1.1.3.1. INTERVENIR.

Esa intervención, que significa tanto como participar, actuar, tomar parte, se caracteriza de una doble manera:

---

[490] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 273.

[491] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 90.

- En primer lugar, porque esa intervención debe darse en ejercicio de las funciones del respectivo servidor, de donde es claro que no encajará dentro de este tipo penal el comportamiento del funcionario que, por fuera de sus funciones oficiales, interviene, en cualquiera de las etapas de preparación o de celebración, en la tramitación de un contrato;

- Y, en segundo término, tal como acaba ello de ponerse de presente en el párrafo inmediatamente anterior, la intervención del funcionario, a nivel del artículo 144 del Código Penal, debe desplegarse en las etapas de tramitación, aprobación y/o celebración, lo que es lo mismo que decir las etapas de preparación y celebración: Por ello, entonces, tampoco incurriría en este tipo penal, sin que podamos nosotros precisar la razón de ser de tal criterio legislativo, el funcionario que verifica tal suerte de intervención, dentro de las etapas de ejecución o de liquidación (lo que, a nuestro modo de ver, no es ni lo más lógico, ni lo político penalmente más conveniente);

3.1.1.3.2. *VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.*

Esa intervención a la que se ha aludido en el acápite inmediatamente precedente debe patentizarse con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, concepto ese que es ya por nosotros conocido, admite algunas clarificaciones:

3.1.1.3.2.1. Lo primero que cabe dilucidar, es si deberá entenderse allí cobijado, el régimen constitucional de inhabilidades e incompatibilidades?. Nosotros creemos que sí, y no porque estemos dispensando una interpretación extensiva a la norma, sino porque creemos que ello es algo de simple lógica, entendiendo el concepto legal, en el sentido de ley material (y no solamente de ley formal) tal como lo hemos hecho nosotros en otros estadios de esta exposición relativa a los delitos contra la Administración Pública.

3.1.1.3.2.2. Lo segundo que cabe aclarar, es si esas inhabilidades y/o incompatibilidades son o no de carácter personal, o si, por el contrario, las mismas se comunican. A ese respecto, cabría recordar que la Corte Suprema de Justicia, en polémico y controvertido proveído de Octubre 14 de 1993, con ponencia del Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ (y salvamento de voto de los Drs. JORGE CARREÑO LUENGAS, JORGE ENRIQUE VALENCIA M. y GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ), introdujo la siguiente diferenciación:

> "Así las cosas, para la Corte resulta atípica la conducta denunciada, porque no existe norma alguna que haga incompatible la suscripción de un contrato de producción de televisión por parte de una empresa de la cual un miembro de una corporación de elección popular sea socio. La incompatibilidad sólo afecta al congresista, pero no a las sociedades de las cuales éste sea asociado. Distinta es la situación, cuan-

do por cualquiera de las circunstancias antes señaladas o por otras semejantes, que en este caso no se dan, sea posible determinar que no es la persona jurídica la que contrata para ella, sino el inhabilitado que lo hace para sí, por intermedio de aquella. En este evento es claro que sí se viola el art. 144 del Código Penal, como que el ente jurídico se ha utilizado de pantalla.

Cuando el Legislador ha querido que la inhabilidad o incompatibilidad no sólo afecte a la persona natural, sino que se extienda también a las personas jurídicas de las que el inhabilitado sea socio, así lo ha tenido que disponer expresamente, ante el principio jurídico de que la persona jurídica es un ente distinto de "los socios individualmente considerados" (art. 2079 del C.C., y 98 del C. de Comercio). De esta manera procedió, por ejemplo, en el ya citado decreto 222 de 1983, al disponer en el numeral 4o. del art. 9o. que también están inhabilitados para contratar "las sociedades en que el cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente de los empleados oficiales o miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante, tengan conjunta o separadamente, más del 50% del capital social o desempeñen cargos de dirección". Ya antes en este mismo artículo había inhabilidad para contratar, en su propio nombre y así fuera por interpuesta persona, a estos mismos sujetos, de donde se desprende, de manera inequívoca, que cuando el legislador prohibe contratar al inhabilitado por sí o por interpuesta persona, no está extendiendo la inhabilidad a las personas jurídicas en que los inhabilitados tengan interés social, sino refiriéndose a una hipótesis muy diferente, cual es la contratación por intermedio de otro, que puede ser una persona natural o jurídica, que abiertamente contrate con el inhabilitado (hipótesis poco sólida) o que oculte el convenio a través de una simulación, que es el supuesto más frecuente".

3.1.1.3.2.3. Y, finalmente, lo tercero que amerita definición, es lo que sucede en el caso de las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes.

Comencemos por recordar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 9o. de la ley 80 de 1993,

"Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, este cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal".

Empero, lo cierto del caso es que el Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995) fue más allá, y en su artículo 6o. dispuso:

"En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.
Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dió origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar".

Y todo ello viene a colación, por el hecho de que esta última disposición fue demandada en inexequibilidad, ante la Corte Constitucional, la misma que en sentencia C-038 de Sala Plena, de Febrero 5 de 1996, con ponencia del Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, tuvo oportunidad de manifestarse a este respecto, puntualizando:

"Se pregunta la Corte si los principios de servicio a los intereses generales, igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad (C.N., art. 209), los cuales garantiza un determinado régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se desconocen si la ley, en lugar de optar por autorizar el retiro inmediato de un funcionario público incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, otorga a este un plazo de tres meses para poner fin a la situación que les ha dado origen.
7. .....
8. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o le negativa a posesionarlo. Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que estos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración un trance de ver subvertidos sus principios medulares.
En consecuencia, la Corte declara la exequibilidad del precepto acusado, pero bajo el entendido de que la norma se refiere únicamente al nombrado o al funcionario que no haya dado lugar por su dolo o culpa a la causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes".

3.1.2. *ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL TIPO.*

Siendo evidente que la figura en estudio no contempla ni elementos descriptivos ni elementos subjetivos del tipo, sí resulta interesante subrayar, entre los varios elementos normativos que el tipo encierra (todos los cuales han sido ya examinados), cuando se alude al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, en-

tendiendo por tal, como lo hace ARENAS[492], aquellas disposiciones "en las que está determinada una sanción, pero cuyo precepto no aparece formulado sino como una prohibición genérica que deberá ser concretada y actualizada por un reglamento, una orden de la autoridad o una ley".

De esta guisa, estamos aquí en presencia de un tipo penal en blanco, como que para poder saber o conocer cuál es el contenido específico de la prohibición, hemos de remitirnos a normas jurídicas de carácter extrapenal, para determinar cuál es ese régimen de inhabilidades e incompatibilidades[493].

3.2. INTERÉS ILÍCITO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS.

Como es ya sabido, la disposición contenida en el actual artículo 145 del Código Penal, encuentra su antecedente en el artículo 167 del Código Penal de 1936, el mismo que de manera bastante antitécnica, según ha sido ello puesto de presente, disponía:

> "ART. 167. - El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, incurrirá en interdicción perpetua de derechos y funciones públicas y en multa de ciento a tres mil pesos.
> Esta disposición se aplicará a los peritos, árbitros o administradores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación intervengan o hubieren intervenido, y a los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a los respectivos pupilos y sucesiones".

Si bien con las modificaciones punitivas introducidas por el ya comentado artículo 57 de la ley 80 de 1993, el artículo 145 del Código Penal rezaba:

> "El empleado oficial que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales".

no es menos cierto que con las reformas últimamente introducidas por los artículos 18 y 32 de la ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), la disposición en cita presenta la siguiente lectura:

---

[492] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 53.

[493] En auto de Octubre 14 de 1993, con ponencia del **Dr. Guillermo Duque Ruiz**, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de señalar:

"De los términos del art. 144, ya transcrito, se desprende con toda claridad que se trata de una ley penal o tipo penal en blanco, porque para determinar el contenido de su precepto es necesario acudir a otras normas legales, precisamente, en este caso, a aquellas que definen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades".

> "El [servidor público] que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa [entre diez (10) y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes]".

Siempre que lo correspondiente a los sujetos y a los objetos aparece como explicable dentro de los mismos parámetros expuestos en relación con el artículo 144, de una parte; y de la otra que no contempla la figura ni elementos específicos de carácter subjetivo ni descriptivo, nos limitaremos entonces a revisar, brevemente, lo correspondiente a los elementos normativos del tipo que estructuran y definen la conducta ejecutiva propia de esta infracción.

Según la redacción que actualmente observa este tipo penal, la conducta ejecutiva consiste en interesarse, que, como dice GÓMEZ MÉNDEZ[494], "es actuar con miras a la obtención de un determinado resultado favorable al propio agente o a un tercero". Así, pues, estamos aquí frente a un tipo penal abierto, el mismo que recibe las más duras críticas de parte de un amplio sector doctrinal, encabezado por el profesor LUIS CARLOS PÉREZ[495], quien considera que el vocablo interesarse es una palabra genérica que atenta contra la seguridad jurídica de los coasociados, en criterio al cual adherimos.

Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que ese interesarse, en tanto conducta ejecutiva observable por parte de un servidor público, admite la siguiente caracterización, dentro del empleo que de ese término practica el artículo 145 del Código Penal:

3.2.1. Ese interés puede estar referido a cualquier clase de contrato u operación: Respecto a lo primero, dice GÓMEZ MÉNDEZ[496] que aunque la norma habla de cualquier clase de contrato, debe entenderse que se trata de un contrato administrativo; y respecto a lo segundo, PÉREZ[497] enseña que ese interés no está relacionado exclusivamente con el contrato, sino que se extiende a las operaciones de otra clase que requieran su intervención, pudiendo no existir siquiera un contrato: "Basta la gestión unilateral de la Administración, como cuando esta resuelve construír un edificio sin intermediarios, directamente, o abrir un camino, o convocar vecinos para un trabajo común".

3.2.2. Ese interés puede manifestarse tanto por ejercicio del cargo como de la función, lo que para GÓMEZ MÉNDEZ[498] no deja de aparecer como excesivo, al

---

[494] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 96.

[495] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 276.

[496] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 97.

[497] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 275-276.

[498] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 97

considerar que hubiese sido suficiente con incluir la función, pues el ejercicio del cargo, tratándose de la contratación, está íntimamente relacionado a aquella, de tal manera que no puede darse un ejercicio del cargo que no implique un ejercicio de la función, dentro de la órbita de este tipo penal, lo que sí puede acontecer, por ejemplo, en la concusión.

Es claro, en atención a la concepción legal de este tipo penal, que si el funcionario que se interesa por ese contrato, no lo hace con ocasión de su cargo o de sus funciones, no incurre en esta conducta típica, pudiéndose incurrir tan sólo en una falta de carácter disciplinario.

3.2.3. Ese interés ha de ser ilícito, y no porque trate de obtener una ganancia fraudulenta, desmedida, perjudicial para la Administración Pública, ni siquiera proporcionada al interés del capital, sino porque es contraria a la ética y a sus específicos deberes de imparcialidad actuar en su mismo acto como parte y contraparte, en nombre del Estado y como representante de sus propios intereses. Y esa intrínseca ilicitud no la destruye ni siquiera la consideración de que la Administración Pública resulte más favorecida con la indebida intervención privada del funcionario que sin ella, como en el caso de que ésta haga suministros, como proveedor, más baratos que los ofrecidos por otros, para citar el ejemplo de SOLER, según decía PACHECO OSORIO[499] comentando la norma que contemplaba el Código Penal anteriormente vigente.

3.2.4. El interés de que trata la norma, se refiere a un provecho, directo o indirecto: Directo, cuando se obtiene participación en los objetos materia del negocio; e indirecto, cuando se introducen otras personas en la operación, como intermediarias, o cuando la utilidad se compensa con otro contrato que, aparentemente, no guarda ninguna relación con aquel[500].

En todo caso, ese provecho puede estar representado en algo más que en rendimientos económicos, como que también puede comportar beneficios personales, morales o sociales, según se explica en relación con otras disposiciones contentivas del mismo objetivo[501]: La ley no habla de negociaciones incorrectas, como lo hacía

---

[499] Citado por Gómez Méndez, *Op. Cit.* Pág. 97.

[500] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 276.

[501] En providencia de Febrero 10 de 1992, con ponencia del **Dr. Gustavo Gómez Velásquez**, la Corte Suprema de Justicia consignó:

"De todo lo indicado o insinuado en la resolución acusatoria tal vez lo que conserva inmodificada validez, pese a la desvirtuación de los cargos, es lo relacionado con la promoción a jefes, directores, mandatarios, etc., de la cosa pública, en regiones de mermado desarrollo comercial, de personas dedicadas a esta actividad con notable y absorbente capacidad económica, o con estrechos vínculos con quienes así aparecen, y que la realidad los constituye en exclusivos proveedores de los bienes que la administración requiere para su funcionamiento. Directa o indirectamente la provisión, por obra de estas circunstancias, refluye siempre en las personas que abandonaron pasajeramente una empresa comercial o que mantienen nexos con las que persisten en este plan. De allí que la comunidad aprecia,

el Código Penal de 1936, lo cual significaba una utilidad representativa de dinero. El texto vigente es más amplio, y se refiere al interés, que no sólo es de naturaleza económica, y al provecho, que es un vocablo de múltiple significación.

Por lo demás, según la redacción del tipo penal, que ese provecho puede ser para sí, esto es, para el propio agente delictual, o para un tercero, siendo indiferente que se obtenga o no de cara a la consumación del delito: Basta el interés, entendido como la falta de imparcialidad para intervenir, el ánimo de beneficiarse o de beneficiar a otro, que puede ser servidor público o particular, para que se entienda configurado ese elemento subjetivo del tipo.

Lo que cabe preguntar aquí, es si puede ser ese interés, en favor de la misma Administración: La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Junio 8 de 1982, entendiendo que sí, al sostener que

> "Si el interés particular deviene en favor de la Administración (verbigracia, el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la Administración, o de mayor rendimiento para esta), el delito se ha consumado, porque en esta modalidad no se demanda la existencia de un interés de perjuicio, pues no se busca sancionar negocios prohibidos sino disconformes con el ejercicio de la función pública. El interés, así traduzca este un aprovechamiento económico, puede permitir un beneficio para la Administración o para terceros. No se correlaciona para nada utilidad y daño. Son dos aspectos indiferentes y ajenos al problema de la negociación incompatible que persigue mantener la función en lo que debe ser: separar el instrumento u órgano del Estado, de la apetencia o interés particular. Además la naturaleza de este delito es el de ser formal y no de resultado, ...".

A pesar de ello, LUIS CARLOS PÉREZ[502] sostiene que ello no es factible, habida cuenta que el interés del servidor no es inocuo, si la referencia es el artículo 145 del Código Penal: Por el contrario, sostiene, está revestido de provecho para sí o para un tercero, busca ese provecho que es patrimonial o de cualquiera otra

---

por estas apariencias o especiales condiciones, que tal provisión arranca, se contacta o termina invenciblemente, en el núcleo que está operando la gestión oficial. Y dá, en el mejor de los casos, ocasión a rumores, conjeturas, rencillas, maledicencia, rencorosas acusaciones o conflicto de intereses patrimoniales, que desembocan en la denuncia o en la idea de vivirse un insoportable estado de corrupción. Esto, de por sí deplorable, suele dificultar, en grado sumo, el esclarecimiento de la verdad porque a la postre si bien o el impedido directa o indirectamente para negociar con la entidad oficial, no realiza esta contratación, sí es el que suministra obligatoriamente todos los elementos requeridos. No se sabe, entonces, hasta dónde esta confusión aparece como consecuencia ajena pero impuesta por el medio, o más bien corresponde a la aprovechada coyuntura de mantenerse un comercio en auge para quien tiene alguna vinculación con el empleado oficial. En otras palabras, lo más saludable sería prescindir de personas tales y escoger a los ejecutores de la cosa pública sin esta clase de ataduras, nexos, compromisos y tendencias".

[502] Ibídem, págs. 276-277.

naturaleza. Por ello, siendo inseparables los conceptos de interés y provecho, conducen a una misma idea: la de procurar, aunque no se logre, la realización del contrato o de la operación, buscando, no el beneficio administrativo, sino el de los sujetos mencionados en el precepto, concluyendo que el interés que mueve al servidor en favor de la Administración no puede ser delictivo, porque el beneficio, si se persigue, es público y no privado: En la medida en que el artículo 145 se refiere al interés por provecho de servidor o de terceros, debe aclararse que entre esos terceros no figura la Administración, que ni siquiera es mencionada por la norma.

3.2.5. El interés puede surgir o manifestarse, antes o durante la ejecución del contrato, y aún, dentro de la etapa de liquidación, conforme a las previsiones del tipo penal en revisión, en la medida en lo que se sanciona, como ha sido dicho, no es una situación anómala, sino la infidelidad del funcionario hacia la Administración.

Así, ese interés puede aparecer manifiesto al tomar posesión del cargo, durante el ejercicio del mismo o cuando se ha hecho dejación de él: Si el particular interesado en un contrato u operación entra a desempeñar un cargo que lo autoriza para intervenir en él a nombre de la Administración Pública, la infracción se consuma cuando el servidor se posesiona con el conocimiento del interés personal existente y de la incompatibilidad con la función pública que se le encomienda, porque es precisamente en ese instante en que se confunden las calidades de funcionario y de parte interesada. El interés particular que ya existía y que no era delictuoso, se torna en infracción penal al entrar a ejercer el cargo que le permite intervenir en él a su nombre o en representación de la Administración Pública.

Ahora bien, si el servidor toma posesión sin tener interés alguno en el contrato u operación, pero encontrándose en el ejercicio de sus funciones se interesa, en provecho suyo o de un tercero, en el negocio que le permite intervenir en él, en ese instante se consuma el ilícito. Finalmente, si el servidor había dejado de serlo y aprovecha sus conexiones con la Administración Pública, no habrá ya tipicidad de su conducta[503].

3.3. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES.

El artículo 146 del Código Penal, con las modificaciones punitivas introducidas por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993, disponía:

> "El empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones y con el 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 cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales".

---

[503] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Págs. 114-115.

Sin embargo, en atención a las reformas últimamente introducidas por los artículos 18 y 22 de la ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), la disposición en cita presenta ahora el siguiente contenido normativo:

> "El [servidor público] que por razón del ejercicio de sus funciones y con el 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 cuatro (4) a doce (12) años y en multa entre diez (10) y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales".

Toda vez que lo que se pretende reprimir aquí, es el simple propósito de obtener algún provecho ilícito, materializado a través del desconocimiento del cumplimiento de los requisitos legales esenciales pertinentes, podemos decir que este tipo penal admite la siguiente fragmentación, atendiendo a los elementos propios de su imagen rectora:

3.3.1. Se trata de un sujeto activo calificado, pues que el agente de la infracción ha de ostentar la calidad de servidor público;

3.3.2. Que ese servidor público obre por razón del ejercicio de sus funciones, siendo claro que si no actúa de tal manera, esto es, lo hace por fuera del ejercicio de las mismas, no estará incurso en este tipo penal, sino en otro (que muy posiblemente sea el de abuso de autoridad);

3.3.3. Que ese servidor público conjugue un elemento subjetivo del tipo, referido al propósito de obtener provecho para sí, para el contratista o para un tercero, lo cual admite dos comentarios adicionales:

- El primero, que como elemento subjetivo del tipo que es, no es necesario que el agente delictual alcance efectivamente la materialización de su designio, esto es, que no es necesario que obtenga real y efectivamente ese provecho, en orden a la patentización del tipo penal, puesto que basta con que su conducta haya estado presidida y animada por esa particular intencionalidad de ánimo, háyase ella o no logrado.

- Y el segundo, que ese provecho no solamente puede ser para él mismo, sino que puede ser para el contratista, o, en último término, para una persona completamente extraña a esa relación contractual de la Administración, cual es el caso del tercero que ni es servidor público, ni es contratista, pero aparece como beneficiario del provecho perseguido con la conducta desplegada por el agente delictual.

En este sentido, interesante resulta considerar el paratipo penal introducido en el artículo 56 de la ley 80 de 1993, en relación con los particulares que intervienen en la contratación estatal, al disponer:

> "ART. 56. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTICULARES QUE INTERVIENEN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. - Para efectos penales, el contratista, el interventor, el con-

> sultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos".

Realmente, se trata de una disposición a todas luces innecesaria, miradas las cosas desde la óptica exclusivamente técnico-jurídica, toda vez que la responsabilidad penal de los contratantes con la administración, ya había contemplado cuando el artículo 146 aludía, expresamente, a un tercero que, como se ha visto en repetidas oportunidades a lo largo de este escrito, tanto puede ser un tercero absoluto como un tercero relativo (caso este último en el cual ha de determinarse, establecerse y precisarse su responsabilidad penal, así como el grado de la misma): Justo será reconocer que, como en el presente, "a veces es mejor sacrificar la técnica en aras de la comprensión".

3.3.4. Ese provecho perseguido por el agente delictual, debe ser ilícito, con lo que se introduce la idea de que hay propósitos lícitos de aprovechamiento, para sí o para un tercero, que no resultan punibles conforme a este tipo penal (lo que no deja de ser, cuando menos, llamativo, si se tiene en cuenta que, para la obtención de tales beneficios, se celebró un contrato sin la observancia de los requisitos legales esenciales).

3.3.5. Que ese servidor público, finalmente, tramite, celebre o liquide un contrato administrativo, sin observancia de los requisitos legales esenciales, como sería, por ejemplo, tramitar un contrato sin la previa elaboración del pliego de cargos, o sin la observancia de la licitación pública cuando a ello hubiere lugar, o que no se haga por escrito, o por escritura pública, según el caso, etc. ..., siendo manifiesto que estamos aquí, nuevamente, en presencia de un tipo penal en blanco, toda vez que hemos de remitirnos al ámbito del derecho administrativo contractual, para conocer qué se entiende y cuáles son, esos requisitos legales esenciales.

Sobre este tema, en providencia de Julio 11 de 1990, con ponencia del Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS, dijo la Corte Suprema de Justicia, teniendo como punto de referencia el decreto 222 de 1983, que antes de la vigencia de la ley 80 de 1993, era el cuerpo normativo que reglamentaba lo correspondiente a la contratación administrativa:

> "De esta norma se deduce que en la contratación administrativa por expresa disposición, el certificado de paz y salvo de impuestos está señalado como un requisito esencial del contrato. De esta forma, si alguna adecuación típica encontrara la conducta denunciada, lo sería respecto del art. 146 del Código Penal que establece como comportamiento punible el tramitar, celebrar o liquidar un contrato sin que en él se cumplan los requisitos legales esenciales, siempre que se persiga el fin de obtener un provecho ilícito para el contratista, para un tercero o para el empleado oficial que intervino en él, en ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, debe esclarecerse como presupuesto básico al proceso de adecuación típica que el delito allí consagrado es de aquellos que la doctrina y la jurisprudencia denominan como tipos en blanco, puesto que es menester acudir a normas diversas de la misma tipificadora, para determinar el exacto contenido de la disposición. Así, a fin de fijar cabalmente el contenido de los "requisitos legales esenciales" en este caso específico, debe acudirse a la reglamentación de la contratación administrativa para saber con precisión cuales son ellos".

No quiere decir lo anterior que esta disposición haga únicamente referencia a los contratos de naturaleza estrictamente administrativa, como que también se puede comprender aquí los anteriormente denominados contratos de derecho privado de la administración, según fuese ello puesto de presente por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de Agosto 20 de 1998, con ponencia del Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL:

"2. Contenido del cargo:
Se equivoca el actor al considerar que el objeto de la conducta descrita en el art. 146 del Código Penal está referido exclusivamente a los contratos de naturaleza estrictamente administrativa, por oposición a los llamados de derecho privado de la administración, dentro de la clasificación dual que traía el Decreto 222 de 1983, vigente para cuando ocurrieron los hechos.
El tipo penal no hace diferenciación, ni del contenido del elemento normativo configurante del objeto de la conducta (el contrato) es posible inferirla. El servidor público, en desempeño de sus funciones, no solo celebra contratos de índole administrativa, entendidos por tales aquellos que en sus efectos y disputas litigiosas deben someterse a las normas del derecho administrativo; también suscribe contratos de derecho privado, es decir, de índole civil, comercial o laboral, no regulados por el derecho administrativo, sino por las respectivas normas de la especialidad (arts. 16 y 17 ibídem).
Como es de elemental obviedad entenderlo, en la celebración de esta última clase de contratos el servidor público debe igualmente lealtad a la administración, y también en ellos está obligado a cumplir los requisitos que para cada caso la ley establece. La transparencia, moralidad y eficacia de la actividad contractual estatal no puede estar referida a solo una modalidad de contratación, pues tan nocivas pueden ser las consecuencias de una negociación amañada en el ámbito de lo estrictamente administrativo, como el campo del derecho privado, para utilizar la diferenciación propuesta por el actor.
Es de precisarse que el actual Estatuto de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) no hace esta distinción, y que los contratos celebrados por ella, cualquiera sea su naturaleza, conforman una categoría única (criterio de naturaleza unitaria de los contratos de la administración), bajo la denominación de contratos estatales, entendiéndose como tales todos aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades públicas, previstos en el dere-

cho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 32. ejusdem).

Este mismo Estatuto, en sus arts. 57 y 58, introdujo modificaciones al capítulo del Código Penal que trata de la celebración indebida de contratos (arts. 144, 145 y 146), sin entrar tampoco en el campo de las distinciones, sino con expresa alusión a las conductas constitutivas de infracción a las normas de contratación de la administración pública, dentro de cuyo concepto, como viene de verse, están comprendidas las distintas categorías de contratos celebrados por las entidades estatales.

En síntesis, para la tipificación de la conducta prevista en el citado art. 146 del Código Penal no es necesario que el contrato ilegalmente tramitado pertenezca a una categoría determinada, o esté regulado por un régimen jurídico específico; lo que realmente cuenta es que haya sido celebrado por el servidor público en ejercicio de sus funciones, con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, y sin el cumplimiento de sus requisitos legales esenciales.

La distinción planteada por el casacionista con fundamento en los arts. 80 y 221 del Decreto 222 de 1983, para afirmar la atipicidad de la conducta, carece por tanto de sentido y deviene impertinente al caso, pues la estructura del tipo penal que define el delito no permite diferenciar entre contratos administrativos entendidos en sentido estricto y los que carezcan de esta connotación, ni menos pregonar, a partir de una tal categorización, que la previsión normativa opera en relación con los primeros, con exclusión de los últimos. De allí que carezca de sentido entrar a determinar, con fundamento en las normas invocadas por el demandante, si los contratos de garantía bancaria suscritos por el acusado para avalar supuestas operaciones de compraventa de bienes muebles de terceros, estaban o no sujetos al régimen de la contratación administrativa.

La operancia de la norma define la conducta, se insiste, dice relación con cualquier tipo de contrato celebrado por las entidades públicas, llámaseles derecho administrativo, de derecho común o de regulación especial, y en este correcto entendido fue aplicada en los fallos de instancia, descartándose, por tanto, la configuración del error denunciado.

El cargo no prospera".

SUBSECCIÓN QUINTA
TRÁFICO DE INFLUENCIAS

0. ANTECEDENTES.

El texto original del artículo 147 del Código Penal rezaba:

> "El que invocando influencias reales o simuladas, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de un asunto, o de algún testigo, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años y multa de un mil a cincuenta mil pesos".

Ahora, con las modificaciones introducidas por el artículo 25 de la ley 190 de 1995, dicha disposición conjuga el siguiente contenido normativo:

> "El que invocando influencias reales o simuladas, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años, multa de cincuenta a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal".

Como fácilmente puede apreciarse, varias son las modificaciones que comporta la última norma transcrita en relación con la primera, las mismas que operan tanto a nivel del supuesto de hecho (tipo), como de la consecuencia jurídica (sanción).

A nivel del tipo, hay tres cambios básicos, así: El primero, que ya no se alude al hecho de que el dinero o dádiva se entregan para obtener favor (como lo decía la disposición anteriormente vigente), sino que se dan con el fin de obtener cualquier beneficio, lo que en principio aparece como más claro y preciso. El segundo, que ese dinero o dádiva se entregan o prometen, ya no a un empleado sino a un servidor público. Y el tercero, que se elimina toda posibilidad de incurrir en tráfico de influencias por el hecho de que se patentice tal proceder en relación con un testigo, siempre que tal referencia legal ha sido suprimida (con lo que, de paso, se la da mayor precisión a esta figura, como forma de atentado contra la administración pública).

En el ámbito de la consecuencia jurídica, hay dos variaciones fundamentales: La primera, que se han incrementado cuantitativa las penas anteriormente previstas, no sólo en cuanto hace con la pena de prisión, sino, también, con las de carácter pecuniario. Y la segunda, que hay también un incremento cualitativo, como que se ha adicionado la interdicción de derechos y funciones públicas, por el mis-

mo término de la pena principal, en una fórmula que, aunque conveniente, no deja de ser antitécnica, toda vez que en atención a lo dispuesto en el artículo 42 del Código Penal, al estar siendo concebida expresamente en esa figura la interdicción de derechos y funciones públicas como una de las consecuencias que apareja la observancia de este comportamiento, también está alcanzado la categoría de pena principal: habría de entenderse, entonces, que cuando la norma dice que la interdicción procede por un término igual al de la pena principal, se está refiriendo a la pena de prisión, con lo que, una vez más, se da a entender que el propio Legislador desconoce los más elementales principios y contenidos del derecho penal.

0.1. DOCTRINALES.

El tráfico de influencias era ya conocido por el maestro CARRARA[504] como la "venta de humo", debido, fundamentalmente, según recuerda PÉREZ[505], al hecho de que el objeto del negocio no está bien definido, sino que se mantiene en términos colindantes con lo irreal: El vendedor de favores fácilmente escapa al rigor de la ley, merced a las variantes de su conducta, que a veces corresponde a relaciones verdaderas, y a veces no es sino un espejismo para lograr ilícitas ventajas.

---

[504] Citado por: Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 59.

Justo será reconocer que cuando se refería a la "venta de humo", el maestro CARRARA no estaba examinando el tipo penal del tráfico de influencias -inexistente para su época-, sino que lo hacía por alusión a lo que denominaba la "concusión impropia", entendiendo por tal "*la cometida por un particular, no por medio de abuso (pues un particular no tiene poder público), sino con pretexto de autoridad, como en el caso de oficiales que se hacen pasar por oficiales públicos para exigir dinero, o simulando que existe una orden, como cuando el particular hace creer que está obrando por orden de un magistrado que lo es realmente. Aun en este segundo caso la concusión es impropia, porque no ha abusado de la autoridad de quien en verdad no estaba investido de ella*". (*Cfr. Pág. 132*). Por ello, más adelante anotaba en relación con la concusión impropia: "*A la concusión impropia se refiere una especia particular de delincuentes llamados asiduos, sicofantes o vendedores de humo. Son aquellos que abusando de la familiaridad que tienen o simulan tener con algún oficial público o con el soberano mismo (y por eso se llaman asiduos o favoritos), van dispensando protección y promesas de obtener gracias y favores, jactándose de su influencia (y por eso se llaman sicofantes o mentirosos), que ejercen extorsión de donativos y dinero sobre los crédulos a quienes venden una influencia que realmente no tienen, y por esto se les llama vendedores de humo*". Luego de resaltar el hecho de que a algunos autores pareciera no agradarles la expresión, CARRARA agrega: "*Confieso ingenuamente que no puedo explicarme estas vacilaciones, pues la fórmula venta de humo es clásica, ya que se remonta hasta los textos romanos, y es exactísima, porque resume la esencia del delito. Por lo tanto, no puedo comprender el temor de emplearla, cuando por otra parte nos vemos obligados a remplazarla con nomenclaturas inexactas y confusas. Al innovar la terminología científica se requieren buenos motivos para rechazar la antigua o para mejorar la nueva, lo cierto es que la falsedad del favor constituye el criterio esencial de este delito*".

Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial.* Volumen V. Editorial Temis. Bogotá, 1993. 4a. ed. Págs. 134-136.

[505] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 279.

Fue CARMIGNANI[506] quien identificó estos sujetos, distinguiéndolos de otras clases de beneficiarios, así: "Se llama concusionario, ..., el que infunde temor, mientras que quienes apelan a la astucia y el engaño se llaman sicofantes. Tales impostores se distinguen entre sí, en que algunos, por estar cerca de los magistrados y de los jueces, se jactan de tener ascendente sobre su ánimo, por el favor y la familiaridad de que disfrutan, y por eso se llaman asiduos ante magistrados".

0.2. LEGISLATIVOS.

El artículo 198 del Código Penal de 1936, consagraba ya como un delito contra la Administración de Justicia, la "venta o tráfico de influencias" en los siguientes términos:

> "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 multa de cincuenta a mil pesos",

el mismo que en su momento habilitaba a BERNAL PINZÓN[507] para presentar dos comentarios introductorios básicos, cuales los del siguiente tenor:

- En primer término, que tal disposición encontraba como antecedente legislativo inmediato los artículos 346 y 382 del Código Penal italiano, de tal manera que en nuestro medio se había refundido en una sola disposición, lo que en su origen había estado regulado en dos artículos, sin tener en cuenta las razones que inspiraron al legislador europeo para haber previsto dos tipos delictivos en dos diferentes apartes del Código;

- Y en segundo lugar, que mientras en Colombia, en el aludido Código Penal de 1936, la venta de humo aparecía encuadrada en el Título correspondiente a los delitos contra la administración de justicia, en Italia los dos artículos anteriormente indicados aparecían "colocados en los títulos correspondientes a la Administración Pública en general y a la Administración de Justicia en particular".

1. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

Dada la relativa complejidad de este tipo penal, procederemos a revisar la estructura del mismo con base en el análisis de sus elementos, tanto genéricos como específicos, como que cada uno de ellos amerita estudio y comentario:

---

[506] Citado por: Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 279.

[507] Bernal Pinzón, Jesús. Op. Cit. Pág. 385.

1.1. ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

1.1.1. *SUJETOS.*

1.1.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Como premisa básica, en criterio que es unánimemente aceptado por la doctrina nacional[508], tiénese que se trata aquí de un tipo penal de sujeto activo indeterminado, siendo este, en consecuencia, uno de los pocos delitos contra la Administración Pública que puede ser cometido por un "extraneus"[509].

A pesar de que lo correspondiente al estudio y comentario del sujeto activo en este tipo penal pareciera ser tan claro, somos de la opinión de que cabe aquí analizar dos puntos de trascendencia:

1.1.1.1.1. En primer término, qué sucede cuando el sujeto activo de esta infracción a la ley penal, real y efectivamente ostenta el carácter de servidor público? Partiendo de la idea de que no se exige la conjugación de tal calidad en orden a la tipificación de una de estas conductas, no puede olvidarse, tampoco, que eventualmente un servidor público puede aplicarse a la venta o tráfico de influencias, hipótesis en la cual habrá de decirse que, siendo indiferente tal calidad para la configuración de la conducta típica, será esa una circunstancia que en este caso sí habrá de tener incidencia de cara la cuantificación de la sanción, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, por razón del cual se tiene que es una circunstancia que agrava la pena, "siempre que no haya sido prevista de otra manera":

> "11. La posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio".

A este respecto cabría recordar, por ejemplo, que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Noviembre 20 de 1991, con ponencia del Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS, indicó:

> "Es claro que el tipo penal que se analiza, puede ser cometido por cualquier persona, esto es, que tiene un sujeto activo no cualificado y por ello puede ser perfeccionado por un ciudadano particular o por un funcionario público, pero en esta segunda eventualidad, ocurre de manera generalizada que el sujeto activo, argumentando la existencia de influencias reales o simuladas con respecto a otro funcionario que conoce de un determinado asunto, se ofrece a servir de intermediario, haciendo valer la trascendencia y la final influencia que puede producir su calidad de funcionario público.
> Es muy difícil pensar que cuando un funcionario se ofrece para ser intermediario ante otro, no ponga de por medio su investidura; bien se

---

[508] Así: Gómez Méndez, pág. 101; Arenas, Pág. 60; Moreno Brand, pág. 118; Ortiz Rodríguez, pág. 111, etc..

[509] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 99.

sabe que es esto lo que ocurre en la realidad. La experiencia enseña, que las personas angustiadas en la resolución de un determinado asunto en las esferas oficiales tratan de buscar la intervención de un funcionario oficial, para que hable en favor del asunto que les interesa. Es igualmente reconocida la inhabilidad que tienen los empleados oficiales para abogar y, por ello, cuando realizan estas ilícitas gestiones, no lo hacen bajo la argucia de sus capacidades profesionales en el ejercicio del derecho, sino ofreciendo como llave redentora de la problemática por resolver, su calidad de funcionario y los influjos beneficiosos que tal tipo de intervención puede producir al ser asumida frente a otro empleado estatal".

1.1.1.1.2. Y en segundo lugar, si se trata aquí o no, de un tipo penal plurisubjetivo, esto es, de aquellos que requieren y exigen, en orden a su estructuración y configuración, la presencia y concurrencia de dos voluntades.

Según FERREIRA DELGADO[510], "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, que bien puede ser ajeno a este pacto", siendo esa una posición que, en nuestro medio, es seguida por MORENO BRAND[511].

LUIS CARLOS PÉREZ[512], por su parte, si bien señala que se trata aquí de un delito en el cual, en todo caso, presenta "una pluralidad de sujetos, indispensable para la configuración delictiva", no llega a proponer el carácter plurisubjetivo de este tipo penal. Finalmente, GÓMEZ MÉNDEZ[513] sostiene que, no siendo el que nos ocupa un tipo penal que requiera la intervención necesaria de varias personas, no puede ser, por tanto, entendido como un tipo penal plurisubjetivo, toda vez que la acción sólo la realiza quien se hace dar o prometer, para sí o para un tercero, y no quien trata de comprar el favor, quien, ciertamente, no realiza el tipo que se está analizando, concluyendo que sólo por excepción podría pensarse en una hipótesis de autoría intelectual (determinación) por parte de quien dá el dinero, a la persona que dice desplegar sus influencias reales o simuladas en relación con el empleado oficial.

A nuestro modo de ver, el tráfico de influencias es un tipo penal que si bien exige la concurrencia de varias personas -por lo que podría decirse que es pluripersonal-, no exige de ellas la concurrencia de sus voluntades, de donde colegimos que no es, en cuanto tal, un tipo penal plurisubjetivo, de tal manera que sólo responde penalmente por la comisión de la infracción, quien recibe la dádiva o pro-

---

[510] Ferreira Delgado, Francisco. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Temis, Bogotá, 1982. Pág. 138.

[511] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 119.

[512] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 280.

[513] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 101-102.

mesa, sobre la base de la invocación de las influencias que respecto de un determinado servidor público dice tener, y no quien dá o promete la entrega de tal dádiva, dentro de ese mismo supuesto:

En efecto, en el tráfico de influencias se habla siempre de, cuando menos, tres personas: El traficante o intermediario (esto es, quien anuncia poseer las influencias, que vende); el comprador o interesado de y en tales influencias, y, finalmente, el servidor público (que, por regla general, debe ser ajeno al acuerdo entre los dos primeros, so pena de que su conducta se desvíe a un cohecho)[514]. Ahora bien, del hecho de que se hable o se haga referencia a esas tres personas, no se sigue indefectiblemente que entre ellas haya concurrencia de voluntades, de cara al mantenimiento de la tesis de la plurisubjetividad de este tipo penal, como que, de entrada, ha quedado ya claro que el servidor público tiene que ser ajeno a este acuerdo, so pena de que el encuadramiento típico de la conducta deba hacerse en relación con otra conducta punible, y que, además, tienen que ser minuciosamente estudiadas las relaciones que pueden llegar a presentarse entre el traficante y el comprador, a fin, no sólo de justipreciar la conducta observada por cada uno de ellos, sino también, que es lo que ahora nos ocupa, determinar si es este, o no, un tipo penal plurisubjetivo[515].

Y cuando de examinar las relaciones entre traficante y comprador se trata, hemos de comenzar por distinguir dos situaciones de capital importancia: La prime-

---

[514] En el mismo sentido se pronunciaba CARRARA, en relación con la denominada "concusión impropia", cuando decía:

"*Esta despreciable ralea, que constituye una verdadera pandilla, con la diferencia de que las pandillas prestan realmente sus malos servicios, mientras los vendedores de humo no prestan sino vanas ilusiones, abunda por desgracia más de lo que se cree y pulula en todas las clases, ya deslizándose como una sierpe entre los dependientes de los juzgados, ya trepando por los galonados vestidos de los familiares de los ministros o del soberano, hasta llegar a especulaciones más altas. Este delito supone que la promesa es falsa, pues si el vendedor de humo fuera realmente agente secreto del funcionario cuyos favores vende, se tendría el título de corrupción verdadera, en la que el agente particular, lo mismo que el corruptor, sería un cómplice del oficial corrompido.*

De aquí se deduce que el carácter político de este delito no consiste evidentemente en el peligro real de la injusticia, sino en el descrédito en que queda la justicia ante la opinión pública al cultivar el pueblo la creencia de que la justicia se mueve por medio de intrigas, favoritismo y dinero, lo cual a la vez que resulta una ofensa contra los magistrados, excita las esperanzas perjudiciales y destruye la confianza en la virtud y en el derecho".

Carrara, Francesco. *Op. cit.* Págs. 136-137.

[515] Dejemos en claro, sí, que la Jurisprudencia Nacional no ha llegado todavía a considerar la pluralidad de intervinientes que en esta forma delictual pueden llegar a presentarse, como que, a guisa de ejemplo, en auto de Julio 25 de 1996, con ponencia del Dr. **Carlos Augusto Gálvez Argote**, la Corte Suprema de Justicia se limitó a conceptuar, a este respecto, lo siguiente:

"Es fácil apreciar que en esta figura delictiva existe una pluralidad de sujetos, así: el instigador o patrocinador que es quien se atribuye influencias reales o simuladas ante el empleado oficial o el testigo, según el caso, y el instigado o patrocinado, quien, ante la instigación, lo acepta y por ende, otorga o promete dar para el primero o para un tercero, dinero o dádiva".

ra, de quién fue la iniciativa del acuerdo; y la segunda, si el comprador actuó culpable o inculpablemente.

Cuanto a lo primero, es claro que tanto puede haberse presentado el acuerdo a instancias del traficante (cual sería la hipótesis que sugiere la redacción misma de la norma), como a instancias del comprador, presentándose entonces varias hipótesis que han de ser examinadas:

1.1.1.1.2.1. La primera posibilidad, es aquella que se presentaría, como perfectamente puede acontecer en el plano fáctico, cuando es el comprador quien requiere los servicios del traficante, como cuando una persona que sabe de las relaciones que existen entre un determinado servidor público y un tercero, acude ante este para que interponga sus buenos oficios ante aquel, a fin de obtener de parte del funcionario la decisión que le interesa a esa persona que sea adoptada por parte del referido funcionario. El funcionario, obviamente, es ajeno al acuerdo; y el intermediario en momento alguno ha ofrecido sus servicios, como que sólo se trata de que, en la medida en que el interesado sabe o conoce de sus relaciones con el funcionario, acude a él para que le colabore, a cambio de una determinada prestación, a obtener del funcionario la conducta o decisión esperada. En síntesis, no es el intermediario quien ha invocado influencias (reales o simuladas), sino que el interesado parte del supuesto de que ellas existen y, en consecuencia, trata de comprarlas.

1.1.1.1.2.2. La segunda eventualidad, que pareciera ser la que exige directamente la norma, es la de que sea el intermediario quien ofrece sus servicios al potencial interesado, situación esta en la cual, igualmente, pueden y deben distinguirse dos situaciones perfectamente viables:

- La primera, que el supuesto interesado rechace el ofrecimiento, caso en el cual, creemos, si bien ese interesado no responderá penalmente de infracción ninguna, sí pensamos que el oferente deberá responder, cuando menos, a título de tentativa, con base en el tráfico de influencias, atendiendo al hecho de que si bien no alcanzó a recibir la dádiva que esperaba obtener, es lo cierto que sí invocó las influencias, reales o simuladas, pues que no debe perderse de vista que se trata aquí de un tipo penal con núcleo compuesto (invocar influencias más la recepción de la dádiva), con lo que, una vez más, se demuestra que no es este un tipo plurisubjetivo (pues que, para ello, esto es, para su configuración, sería necesario, siempre, que el interesado aceptase el ofrecimiento y que el oferente obtuviese la prestación por él buscada, lo que, como se ha puesto aquí de presente, no siempre se dá, no obstante lo cual el oferente sigue respondiendo penalmente, con arreglo a la descripción comportamental contenida en el artículo 147 del Código Penal).

- Y la segunda, que el interesado sí acepte tal propuesta, caso en el cual, a su vez, y como lo decíamos anteriormente, habrá de distinguirse, como decíamos anteriormente, si el interesado obró o no culpablemente:

A nuestro modo de ver las cosas, es evidente que si el interesado obró inculpablemente, como cuando cree que es esa la forma ordinaria, corriente, normal, en

que operan las cosas ("Hay que enviarle dinero al Juez para que actúe", como se lo hacen creer a muchos de nuestros campesinos, algunos avivatos, abusando de su precario nivel cultural), no puede ser emitido con respecto suyo juicio de responsabilidad penal alguno, no obstante lo cual es claro que el oferente sí habrá de responder, cuando menos, por tráfico de influencias (con lo cual, una vez más, se certifica que NO es este un tipo penal plurisubjetivo).

Empero, aún cuando el interesado acepte el ofrecimiento y actúe culpablemente, respecto suyo se tendría: En primer término, que no puede ser sancionado a título de determinador, porque no fue suya la idea de traficar con tales influencias. En segundo lugar, que no puede ser sancionado a título de coautor (material), porque ciertamente ni fue él quien invocó las influencias (todo lo contrario, con respecto suyo fueron ellas invocadas), ni fue él quien recibió dádiva alguna sobre tal base (pues que, al contrario, fue él quien las pagó). Y, tercero, como consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto, que solamente, y ello difícilmente, podrá él ser considerado como cómplice, si es que se sostiene que "contribuyó a la realización del hecho punible", siendo esa una de las pocas eventualidades en que podrá el interesado llegar a responder penalmente, de manera conjunta con el intermediario, de tráfico de influencias (lo que, ciertamente, no nos habilita para sostener, en abstracto y de manera genérica, el carácter de plurisubjetivo, en relación con este tipo penal).

1.1.1.2. *SUJETO PASIVO.*

Según ORTIZ RODRÍGUEZ[516], el sujeto pasivo de esta infracción está representado por la Administración Pública, entendiendo que el particular que obra inculpablemente puede ser, tan sólo, perjudicado, ya que si obra culpablemente o con conocimiento de la ilicitud, no podrá fundarse en su propia conducta para reclamar indemnización.

GÓMEZ MÉNDEZ[517], por su parte, estima que es este un delito pluriofensivo, como que con la patentización del mismo no sólo se afecta la Administración, sino también a los particulares, al sostener: "El sujeto pasivo es la administración pública que resulta afectada con la conducta de quien recibe dinero para obtener de un empleado "algo" relacionado con el ejercicio de sus funciones y que ordinariamente no debe ser objeto de contraprestación alguna. También puede resultar lesionado el bien jurídico del patrimonio económico del particular que da el dinero o la dádiva a quien manifiesta utilizar su poder de "persuasión" frente al empleado oficial".

Nosotros, de manera diversa, partiendo de la distinción anteriormente formulada, en el sentido de que si el interesado había obrado inculpablemente no respon-

---

[516] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 112.

[517] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 102.

día penalmente de nada, y que si había obrado culpablemente podía responder a título de determinador (si la idea había sido suya) o de cómplice (si la idea había sido del otro, esto es, del intermediario-oferente); diremos que si ese interesado obró inculpablemente, puede ser, también, conjuntamente con la Administración Pública, sujeto pasivo de la infracción; pero que si actuó culpablemente, no podrá ser sujeto pasivo de la misma, porque es sujeto activo de ella.

Evidentemente, cuando se trata de analizar al particular afectado con este comportamiento delictual, en tanto sujeto pasivo de esta infracción a la ley penal, habrá de decirse que él aparece como un sujeto pasivo secundario, no esencial, de esta forma delictual, pues que, al fin de cuentas, como podría decirse con apoyo en BERNAL PINZÓN[518], atendiendo a la magnitud del atentado que la conducta representa contra los intereses de la Administración Pública, se explica que el legislador le haya dado prevalencia a ese interés, para ubicar la figura dentro del elenco de los delitos contra la Administración Pública, y no de los delitos contra el patrimonio económico.

1.1.2. *OBJETOS.*

1.1.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

No participamos nosotros de las opiniones de GÓMEZ MÉNDEZ[519], quien considera que con esta disposición "se protege el bien jurídico de la Administración Pública de una manera "externa", en la medida en que se pretende con ella evitar la influencia de factores extraños en las determinaciones de los administradores del Estado", porque con un tal criterio se da a entender que lo que se está tutelando aquí, finalmente, es la imparcialidad de la Administración Pública, lo cual no es cierto. Por ello, tampoco compartimos totalmente la opinión de ORTIZ RODRÍGUEZ[520], según la cual "El Estado tiene interés en que la Administración Pública sea digna y respetable a los ojos de todas las personas. Interés en que todos los individuos reconozcan que los empleados y los testigos están libres de presiones indebidas".

No compartimos tales pareceres, porque, para nosotros, lo que se protege con esta disposición es, definitivamente, la buena imagen de la Administración (que no su imparcialidad), y su buena marcha (que no su autonomía o independencia), las mismas que se verían afectadas y entrabadas si no se sancionara la conducta de aquellos que, ante terceros, crean la idea de venalidad, deshonestidad y corrupción en la Administración Pública.

Empero, no puede tampoco olvidarse que el objeto jurídico de esta disposición, tal como se dio a entender al ocuparnos de lo relativo a los sujetos pasivos de esta

---

[518] **Bernal Pinzón, Jesús.** *Op. Cit.* Pág. 386.

[519] **Ibídem,** pág. 100.

[520] **Ortiz Rodríguez, Alfonso.** *Op. Cit.* Pág. 112.

infracción, se encuentra representado, igualmente, por el patrimonio económico de los interesados, que puede verse esquilmado con el proceder de los traficantes de influencias. Por ello, resulta del caso recordar que ZANARDELLI[521], presentando la exposición de motivos del Código Penal italiano de 1889, y en relación con el interés jurídico tutelado por esta figura, apuntó:

> "No leve delito es aquel que cometen los llamados vendedores de humo, por ellos atrapan a los ignorantes, arrebatándoles dinero u otras cosas en provecho propio o ajeno, y porque -lo que es más importante- causan ofensa atroz a la autoridad pública, haciendo creer que son necesarios donativos o mercedes para que los funcionarios públicos ejerzan los actos obligatorios de su ministerio, o para recompensarlos".

Dos situaciones particulares, sin embargo, podrían hacernos revaluar los conceptos anteriormente ofrecidos, en cuanto hace relación con el objeto jurídico propio de esta norma, a saber: De una parte, si se encuentra o no comprometida la libertad personal, entendida como capacidad de autodeterminación, cuando al disponer la norma que el agente haga dar o prometer dinero o dádiva para sí o para un tercero, está introduciendo la idea de que a ello se puede llegar mediante coacciones, amenazas o, en fin, coartamiento de la libertad. Y de la otra, si se encuentra o no comprometida, igualmente de manera eventual, la libertad sexual de las personas, cuando la norma señala que lo que puede recibir, hacer o dar o prometer el agente, de parte del interesado, puede ser tanto dinero como dádivas, con lo que pareciera introducirse la posibilidad de que la dádiva pueda consistir en favores o gratificaciones de índole sexual.

En cuanto a lo primero, tal como habremos de exponerlo más adelante, diremos que ello no parece factible, desde el momento mismo en que se dice que debe mediar un vínculo causal entre la invocación de las influencias y la entrega del dinero o dádiva, lo que dá a entender, claramente, que tal entrega o promesa debe haber sido voluntaria: Así, pues, se descarta la posibilidad de que tal entrega o promesa haya sido forzada y, por ende, se descarta igualmente la posibilidad de que la libertad individual, en tanto capacidad de autodeterminación, pueda alcanzar el rango de objeto jurídico de este tipo penal.

En relación con lo segundo, creemos que perfectamente viable resulta ser la posibilidad de que un traficante le exponga a alguien que tiene la posibilidad de conseguirle un empleo, al poseer él determinadas influencias con el respectivo nominador, las mismas que desplegará y ejercerá siempre y cuando el (o la) interesado (a) en tal empleo, acceda a concederle algunas gratificaciones o prestaciones de índole sexual (al traficante): no creemos nosotros que estemos en presencia de un tráfico de influencias, como que es claro que por tal vía no se está afectando ni la buena imagen ni la buena marcha de la Administración, como que, conforme

[521] Citado por Bernal Pinzón, *Op. Cit.* Pág. 386.

al proceder del agente delictual, ha quedado claro que la prestación (en este caso sexual), es para él, y no para funcionario público alguno, y mucho menos para la Administración. Por ello, entonces, al considerar que no se configura aquí un tráfico de influencias, sino un puro delito contra la libertad sexual (muy factiblemente en la forma del estupro que sanciona el artículo 301 del Código Penal, si se quiere, en consonancia con la circunstancia específica de agravación punitiva contemplada en el numeral 2o. del artículo 306 ejusdem), será claro que no constituye la libertad sexual de las personas, interés jurídico tutelable por la norma que actualmente examinamos.

Si a tal conclusión arribamos en relación con esta segunda hipótesis, es porque ella surge, precisamente, de considerar la razón de ser de este tipo penal, que no es otra que la de proteger la buena imagen de la Administración, ante la ciudadanía en general, la misma que se vería menoscabada si la propia Administración permitiera o consintiera en que los particulares, a instancias de las conductas de inescrupulosos traficantes, pensaran en que para obtener las decisiones, actitudes o actividades por ellos esperados o anhelados de la Administración, hubiese que pagar por aparte, tales favores, a través de la remisión, entrega o promesa de dinero o dádivas, a determinados funcionarios: si ello es así, como en verdad se tiene que lo es, no creemos que se afecte la imagen de la Administración Pública cuando queda claro, como en el evento de las prestaciones sexuales, que la dádiva no es para la Administración y ni siquiera para un funcionario al servicio de la misma, sino para el propio traficante.

1.1.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

El examen del objeto material en el tráfico de influencias será, precisamente, el que nos permitirá corroborar algunos de los criterios por nosotros anteriormente ofrecidos, como, por ejemplo, aquel según el cual no es este un tipo penal plurisubjetivo, a partir de la base de que el interesado puede observar la calidad de sujeto pasivo de la infracción.

En efecto, si se atiende a la redacción del artículo 147 del Código Penal, con las modificaciones al mismo introducidas por el artículo 25 de la ley 190 de 1995, quedará claro que el objeto material de esta infracción no está, no puede estar representado por el acto del funcionario, cuyo favor o beneficio se persigue o pretende, pues, como se puso ya de manifiesto, ese servidor público tiene que ser ajeno a la materialización de este acuerdo y, consecuencialmente, de esta figura delictual, so pena de que el encuadramiento típico de la conducta tenga que practicarse con sujeción a otros parámetros normativos.

Si ello es así, esto es, si el acto del servidor público NO es el objeto material de esta infracción, como que, en puridad, no es sobre él sobre el cual recae la conducta ejecutiva, preguntamos: Cuál es, entonces, el objeto material de esta infracción?

Con miras a absolver este interrogante, partiremos nosotros de identificar cuál es el núcleo de este tipo penal, es decir, cuál es el verbo rector de esta conducta: Si revisamos con detenimiento el correspondiente tipo penal, tendremos que decir que el verbo rector de este comportamiento es compuesto, como que no solamente consiste en que el agente delictual invoque sus influencias, sino que, precisamente con tal fundamento (esto es, por haber invocado tales influencias, que, para el caso, no interesa si son reales o meramente simuladas), reciba, haga dar o prometer, dinero o dádiva, con lo cual concluiremos, pues, que el núcleo del tipo en comento es compuesto, como que comporta un invocar más un recibir.

De esta guisa, justo será entonces reconocer que el objeto material de esta infracción, que es lo que en estos momentos nos interesa clarificar, resulta ser, igualmente, compuesto, como que, de una parte, es un objeto material personal y, de la otra, es un objeto material real:

En efecto, si se avista cuál es la conducta ejecutiva que debe ser desplegada por el agente delictual de cara a la estructuración, en el mundo fenoménico, de este tipo penal, tendremos que decir que, en un primer momento, ella se orienta hacia el interesado, por lo que, en esa primera etapa, el objeto material inmediato de la infracción será, entonces, de carácter personal, como que la conducta ejecutiva recae sobre la persona de quien, al menos en principio, observa la calidad de sujeto pasivo de la infracción (lo que, una vez más, avala la tesis de que no es este un tipo penal plurisubjetivo). Empero, una vez referida la conducta del agente delictual al interesado, ante quien expone o invoca sus influencias para ante el servidor público que tiene a su cargo resolver o atender el pedimento o asunto que le atañe a aquel, se tiene que la conducta del primero se orienta hacia el patrimonio económico del segundo, toda vez que, al fin de cuentas, lo que persigue con su actuar es obtener un provecho de tal índole, representado en dinero o en cualquier dádiva, con lo que el objeto material mediato de este comportamiento delictual, será de carácter real, en la medida en que se refiere al provecho económico pretendido (con lo cual, de paso, se demuestra, una vez más, que el interesado sí puede ser sujeto pasivo de la infracción y que, consecuencialmente, no es este un tipo penal rigurosamente plurisubjetivo, como ha sido por nosotros reiteradamente propuesto).

1.1.3. *LA CONDUCTA.*

Si bien existe un sector en la doctrina nacional[522] que considera que la conducta ejecutiva propia de este comportamiento delictual consiste en recibir, hacer dar o prometer, nosotros, conforme lo hemos expuesto ya, creemos que la conducta ejecutiva propia de esta figura reporta una forma compuesta, que si bien en algún momento alude al recibir, hacer dar o prometer, en un primer momento debe estar

[522] En tal sentido se pronuncian, entre otros: Ortiz Rodríguez, pág. 111; y Gómez Méndez, pág. 102.

caracterizada por el invocar influencias: Dicho de otra manera, que si bien es cierto que parte del núcleo rector de este comportamiento delictual radica en el hecho de que se reciba algo de parte del interesado, es lo cierto que ese recibir debe (tiene) que estar presidido por el hecho de que, para tales efectos, el intermediario haya invocado influencias, reales o simuladas, pues que de lo contrario no estaríamos en presencia de un delito contra la Administración Pública, sino de un mero y puro delito contra el patrimonio económico, pues que, al fin de cuentas, no debe olvidarse que lo que hace de este un delito contra la Administración, es el hecho de que se hayan invocado tales influencias, sean ellas reales o simuladas, como que es con tal proceder con el cual se está afectando la buena imagen y la buena marcha de la Administración. De lo contrario, vale decir, de omitirse tal invocación de influencias, y recibirse algo de parte de una persona, estaremos en presencia de otro tipo penal, particularmente de uno de aquellos que atentan contra el patrimonio económico individual, pero no en el tráfico de influencias.

Prueba de la bondad del aserto recientemente consignado es, pues, que si una persona recibe dinero de otra, sin haber invocado influencia alguna sobre funcionario determinado, estaremos en presencia, se repite, de, cuando menos, un delito contra el patrimonio económico, cual podría ser el caso de un aprovechamiento de error ajeno, en los términos prevenidos en el artículo 361 del Código Penal, entendiendo, de una parte, que de parte de la víctima se ha conjugado un error, puesto que cree que está en la obligación o en el deber de entregar a otra persona una determinada suma de dinero, sin estar efectivamente obligado o comprometido a ello (como cuando una persona, sabiendo del parentesco que otra persona tiene con un funcionario, a cuyo cargo está resolver un asunto que interesa al primero, le concede particulares atenciones a dádivas a la segunda, esperando de ella que interponga sus buenos oficios ante el funcionario, pese a que el segundo nunca se ofreció o comprometió a ello); y de la otra, que de parte del victimario hay un dolo (pues que, dentro del ejemplo propuesto, a sabiendas del error del primero, que no tiene por qué concederle tales atenciones o dádivas, las recibe y acepta).

Empero, en una segunda hipótesis, si una persona invoca sus influencias, reales o simuladas, sobre un determinado funcionario, y no alcanza a recibir nada de parte de la persona ante quien tales influencias exhibió o presumió, sí podríamos decir, en algunos eventos, que estaremos en presencia de, cuando menos, una tentativa de tráfico de influencias: Así, pues, a más de demostrar con este argumento que el tipo penal en comento si admite la forma imperfecta de la tentativa, creemos haber certificado que se trata aquí de un tipo penal compuesto, en donde, si se quiere, la parte más relevante del núcleo rector, está representada por el hecho de que se invoquen las influencias, y no tanto por el hecho de que se reciba dinero o dádiva del interesado en el favor, pues que, finalmente, es éste un delito contra la Administración Pública, y no contra el patrimonio económico, según ha sido ello puesto de presente en párrafos anteriores.

Siendo ello así, consecuencialmente, hemos de estudiar, por separado, lo que significa cada uno de estos elementos conformantes del núcleo del tipo penal en comento.

1.1.3.1. *INVOCAR INFLUENCIAS.*

Invocar, es anunciar, propalar que se tiene una determinada condición o calidad (que, en el caso que nos ocupa, ha de ser en relación con el funcionario que debe conceder el supuesto favor). Influencia, por su parte, es el poder, la autoridad o el ascendiente que se tiene sobre una persona, y que permite manipular o manejar la voluntad de esta última (por parte del primero). Por ello, en consecuencia, invocar influencias es tanto como decir, anunciar, que se tiene un determinado poder sobre la voluntad del servidor, como para lograr que este último realice el favor que pretende el interesado.

Esas influencias que son invocadas por parte del agente de esta infracción, admiten ser caracterizadas de la siguiente manera:

1.1.3.1.1. *PUEDEN SER REALES O SIMULADAS.*

Tal como lo permite el mismo tipo penal que se examina, las influencias que se invocan por parte del agente de la infracción ante el interesado en el favor, y en relación con el servidor público que, supuestamente, ha de conceder tal favor, pueden ser reales o simplemente simuladas.

Que las influencias sean reales quiere decir que efectiva y realmente existan, vale decir, que verdaderamente el agente delictual tenga el poder de valimiento sobre la voluntad del servidor público que, supuestamente, ha de conceder el favor (y decimos que supuestamente, porque, como más adelante se verá, no es necesario, de cara a la estructuración fenoménica del tipo penal, que efectivamente el sujeto activo de esta infracción despliegue sus maniobras de influencia sobre el servidor público).

Que las influencias sean simuladas quiere decir que no necesariamente debe existir, de manera real o efectiva, tal poder de valimiento de parte del agente delictual sobre la voluntad del servidor público que supuestamente, ha de conceder el favor. De esta guisa, es claro que basta con que el agente delictual haga aparecer como existente, lo que en realidad no existe, para que se configure con conducta como delictual, vale decir, que basta con que ante el interesado en la obtención del favor, haga aparecer como que él tiene la capacidad de manipular la voluntad del servidor público que tiene a su cargo resolver el asunto que le interesa al comprador, en la forma y términos en que a este último le interesa y le conviene, así ello no sea cierto.

Esta última consideración, por lo demás, nos permitirá formular tres comentarios adicionales:

- El primero, que, como se ve, lo que se sanciona aquí, en este tipo penal, no es el hecho de que se tengan las influencias, o de que se utilicen las mismas en un

sentido reprochable (pues que, al fin de cuentas, casos hay en que las influencias podrían ser utilizadas en sentido loable, no reprochable, como cuando se utilizan para lograr de un funcionario la adopción de una determinación que redunda en beneficio común): Lo que se sanciona es el descrédito al cual se somete a la Administración, cuando ante terceros se hace aparecer que basta con que el traficante ponga en movimiento sus influencias, para obtener de la Administración, por conducto de ese servidor ante el cual, al menos supuestamente, se tienen tales influencias, el pronunciamiento o la actitud o el comportamiento esperado de ella (de la Administración). Por ello, no es necesario que las influencias sean reales, bastando con que ellas sean simuladas: Para afectar el buen nombre y la buena marcha de la Administración, no es necesario que real y materialmente el agente delictual cuente con tales influencias; basta con que las haga aparecer como existentes, así no tengan realidad material y ontológica.

- El segundo, que el hecho de que tales influencias puedan ser simuladas, nos lleva a la posibilidad de que se confunda el tipo penal que nos ocupa, con el de la Estafa que contempla el artículo 356 del Código Penal, en la medida en que el agente delictual, finalmente, estaría haciendo incurrir en error a otra persona (en este caso, haciéndole creer que tiene unas influencias que en realidad no posee), a cambio de lo cual obtiene o recibe una determinada contraprestación. Y reconociendo, en tal sentido, esto es, aquel que se presenta cuando las influencias no son reales, o cuando siendo reales no son interpuestas en pro del favor que aspira a obtener el interesado, que el tráfico de influencias aparecería como una forma privilegiada de estafa, es lo cierto que se diferenciaría de aquella por aspectos tales como el objeto jurídico, que mientras en el tráfico de influencias es pluriofensivo (la Administración y el patrimonio), en la estafa es monofensivo (como que solamente se ofende el patrimonio económico de la víctima); los medios comisivos, que mientras en la estafa, en tanto generadores de error en la víctima, han de estar constituidos por los artificios o engaños, en el tráfico de influencias son más calificados aún, habida cuenta que tienen qué observar la forma de invocación de influencias; y finalmente, por por el sentido teleológico del objeto material, como que mientras en el tráfico de influencias el que entrega el dinero o la dádiva, lo hace para obtener algo, concretamente el favor del servidor, en la estafa no es ello necesario, como que el sujeto que hace entrega del dinero o dádiva, lo hace simplemente por el error en que está incurso.

- Y el tercero, que lo simulado puedèn ser las influencias, no el pacto entre víctima y victimario, que ha de ser real; como tampoco la persona sobre la cual, al menos de manera supuesta, se posee la influencia, que ha de existir. Por ello, FERREIRA DELGADO[523] apunta que el interesado en dicha influencia sí debe querer un favor de parte de un servidor público realmente existente: Sólo siendo verdaderamente influenciable el servidor público, habrá un verdadero pacto ilícito que

[523] Ferreira Delgado, Francisco. *Op. Cit.* Pág. 139.

agota el tráfico, de tal manera que lo que puede ser simulado es la influencia sobre ellos, pero no su propia existencia, pues que en este último evento lo que se configuraría sería una estafa.

1.1.3.1.2. *EL PACTO ENTRE VÍCTIMA Y VICTIMARIO, HA DE REALIZARSE A ESPALDAS DEL SERVIDOR PÚBLICO.*

Ya habíamos dicho en páginas precedentes, que el acuerdo al cual se llega entre interesado e intermediario debe practicarse a espaldas del servidor público que supuestamente ha de conceder el favor que le interesa obtener al comprador. Y ello es así, porque de lo contrario estaríamos en presencia de un cohecho, en el caso de quien hubiera de conceder el favor fuese un servidor público[524].

Por ello, entonces, es decir, por el hecho de que el tráfico de influencias exige la no participación ni concurrencia de parte del servidor público, en el acuerdo celebrado entre intermediario e interesado, es por lo que no participamos de la tesis de MORENO BRAND[525], para quien "el tráfico de influencias es como una especie de cohecho en donde se introdujo un intermediario y desde luego antes de contar con el funcionario o empleado cuya función se pretende", como que, ciertamente, son muy distintas las cosas o situaciones que se negocian en una y otra hipótesis, siendo igualmente diferentes (demasiado, para ser exactos), los sujetos, activo y pasivo, que en cada una de esas negociaciones toman parte.

Es claro que si el funcionario tiene conocimiento de los pactos o convenios que se están dando entre un intermediario y un interesado, la situación cambia ostensiblemente, como que si el funcionario sabe, es conocedor de tal situación, y no hace nada al respecto, es decir, no hace nada por evitar o reprimir tal comportamiento, cohonestándolo, estará incurriendo, como mínimo, en un abuso de autoridad por omisión de denuncia, conforme a lo normado en el artículo 153 del Código Penal; y si conoce del acuerdo entre intermediario e interesado y participa de las autoridades del acuerdo, por haber establecido previamente tal convenio con el intermediario, lo que habrá, será la materialización de un cohecho por parte suya (siendo él intermediario su cómplice).

1.1.3.1.3. *ESA INVOCACIÓN DE INFLUENCIAS, ES LO QUE DETERMINA AL INTERESADO A DAR O PROMETER LA DÁDIVA.*

Es claro, conforme a la estructura típica de la conducta que se examina, que debe mediar un nexo causal entre la invocación de las influencias, por parte del intermediario, y la entrega de la dádiva por parte del interesado: En una palabra, lo que tiene que haber motivado al interesado a hacer entrega del dinero o dádiva en favor del agente delictual, ha debido ser la invocación de influencias que este

[524] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 60.

[525] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 119.

último ha efectuado, pues que, como se ponía de presente anteriormente, de lo contrario, estaríamos en presencia de otro tipo penal, específicamente de uno de aquellos referidos, únicamente, al patrimonio económico (de lo cual, como se recordará, nos ocupábamos cuando clarificábamos qué sucedería si una persona recibía dinero o dádiva alguna de parte de otra persona, sin haberse invocado influencia alguna por parte de la primera).

1.1.3.2. *RECIBIR, HACER DAR O PROMETER.*

Partiendo, como lo hemos hecho nosotros, del supuesto de que se trata aquí de un tipo penal de núcleo compuesto, esto es, de una figura penal en la que deben ser dos las actividades desplegadas por parte del agente de la infracción, en orden a la materialización de la conducta típica, corresponde ahora, una vez dilucidado lo correspondiente a la invocación de influencias, que nos ocupemos de clarificar lo que se entiende por recibir, hacer dar o prometer, lo cual puede realizarse para sí o para un tercero. Veamos:

1.1.3.2.1. *NATURALEZA JURÍDICA DE LOS VERBOS DIRECCIONALES.*

No basta, como ha sido ello ya indicado, con que el agente invoque sus influencias, reales o simuladas, ante el interesado en el favor, para que se entienda ya configurada la conducta típica que examinamos. No. Es menester que ello se haga, por parte del sujeto activo de la infracción, obteniendo como resultado efectivo un recibir, hacer dar o prometer dinero o dádiva de parte del interesado.

Contrario a lo que en un primer momento pudiera pensarse, no se trata aquí, en relación con el agente delictual, de un elemento subjetivo del tipo, en la medida en que la disposición en análisis no está indicando, bajo la redacción que actualmente observa la misma, que basta con que el agente tenga tal intención, a saber, la de recibir, hacer dar o prometer el dinero o la dádiva de parte del interesado en la obtención del favor, sino que está exigiendo que, de parte de ese agente delictual, se obtenga un resultado efectivo, real, de cara a la estructuración de la conducta como típica.

No otra puede ser la conclusión, cuando se observa que la norma prevé como punible la conducta de quien invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer, y no, como debiera haber dicho en el evento de que se hubiera querido prever como elemento subjetivo del tipo, por parte del Legislador, ese provecho económico: "El que con el fin de recibir, hacer o dar o prometer dinero o dádiva, para sí o para un tercero, invoque influencias, reales o simuladas...".

Qué sentido tiene tal discusión, que para algunos puede aparecer como bizantina?. El sentido de tal ejercicio mental no es otro que el de clarificar lo siguiente: De concebirse que el recibir, hacer dar o prometer por parte del agente delictual, tal como lo hacemos ahora nosotros con fundamento en la redacción actual de la norma, como un resultado material que ha de obtenerse, de lograrse, de alcanzarse

por parte del sujeto activo de la infracción, en orden a la configuración fáctica de la conducta típica, se tendrá que por mucho que el agente invoque tales influencias y no obtenga el provecho económico por él buscado y perseguido, no se estará en presencia de un tráfico de influencias en forma consumada, sino, tan sólo, de una forma imperfecta, tentada. Por el contrario, si el legislador, como lo sugerimos nosotros al proponer una nueva redacción para el artículo en comento, propone tal provecho económico como un elemento subjetivo del tipo, será indiferente, para la consumación del delito, el que se obtenga o no tal provecho, bastando con que el sujeto activo de la infracción haya actuado precedido, motivado, por esa especial intencionalidad de ánimo, de tal manera que, siempre que se conjugase ese elemento subjetivo, una vez invocadas tales influencias, se estaría en presencia de un tráfico de influencias en forma consumada.

Repárese, pues, en la trascendencia e importancia de la discusión propuesta: en el momento actual, dada la redacción de la norma en análisis, resulta perfectamente viable predicar la posibilidad de una tentativa de tráfico de influencias, lo que ocurrirá siempre que el agente delictual invoque sus influencias, y no obtenga el resultado para él provechoso, que perseguía. Por ello, entonces, es por lo que sostenemos que el recibir, hacer o dar o prometer, son verbos que dan contenido direccional a la conducta inicial del agente, que ha de consistir en un invocar influencias: Dicho de otra manera, las influencias se invocan PARA recibir, hacer dar o prometer dinero o dádiva, de parte del interesado en la obtención del favor.

Las influencias no se invocan, dentro de este tipo penal, sin ningún sentido o motivación particular: Se invocan para obtener algo (recibir, hacer dar o prometer). De la misma manera, si se recibe o se hace dar o prometer, es porque se ha invocado las influencias. Sólo cuando se conjuguen esos dos elementos característicos de la conducta punible que se analiza, estaremos en presencia de la forma consumada del tráfico de influencias: Si se invocan las influencias y no se recibe nada a cambio, podremos estar en presencia, o de una conducta atípica, o de una tentativa de tráfico de influencias, según el caso; si se recibe sin haber invocado las influencias, podremos estar en presencia de un aprovechamiento de error ajeno, tal como fuese ello indicado en páginas precedentes.

En una palabra, no basta con que el agente delictual invoque las influencias con la intención de obtener un provecho: Es indispensable que obtenga, real y efectivamente, tal provecho, so pena de que aparezca tan sólo una forma imperfecta de tráfico de influencias. Por ello, no compartimos nosotros la opinión de ARENAS[526], según la cual es este un delito formal, en la medida en que no requiere para su consumación que se obtenga determinado resultado, al señalar que basta el pacto o convenio entre el interesado y el presunto o verdadero influyente para que el delito se consume, pues que, de acuerdo con nuestro criterio, sí es necesario que obtenga un provecho de parte del interesado.

[526] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 61.

Más aún, en orden al reforzamiento de nuestro parecer, creemos pertinente traer a colación los planteamientos de MANZINI[527], quien presenta el siguiente esquema del proceso ejecutivo del hecho que nos ocupa: actos preparatorios, la simulación de las influencias ante persona determinada, o ante una de las personas que ejercen alguna función ante esa autoridad (perito, intérprete, etc.); actos ejecutivos, la venta de la propia mediación simulada o real, frente al funcionario público; acto consumativo, la recepción del dinero o de otro provecho indebido u obtención de la promesa por una de las causas mencionadas.

1.1.3.2.2. *SIGNIFICADO DE LOS VERBOS DIRECCIONALES.*

Recibir es tomar uno lo que le dan o envían. Hacer dar es compeler, vincular a otra persona para que le entregue algo a alguien (que puede ser el mismo sujeto que crea el vínculo obligacional de la entrega, o un tercero). Hacer prometer a otro, equivale a obtener de una persona, bajo apremios, amenazas, coacciones, halagos, contraprestaciones, etc., el compromiso de que en el futuro hará o entregará algo, bien al mismo sujeto que despliega las maniobras o actividades tendientes a la creación del vínculo obligacional, o a un tercero.

Es claro que dentro del tráfico de influencias, en tanto tipo penal contenido en el artículo 147 del Código Penal, la creación de tales vínculos obligacionales, no puede referirse a medios coactivos, vale decir, no puede consistir en amenazas o apremios, so pena de desplazar el encuadramiento típico de la conducta hacia otros terrenos: La creación del vínculo obligacional en este tipo penal, debe (tiene) qué obedecer, como decíamos anteriormente, a la invocación de las influencias que ha efectuado el agente delictual ante el interesado, quien, sobre tal base, estima pertinente efectuar tal pago, entrega o promesa, como que es necesario que obre un nexo causal entre la invocación de las influencias y la verificación de la entrega o promesa del aludido provecho económico.

No obstante, ORTIZ RODRÍGUEZ[528] sostiene que "la conducta objetiva o externa tiene unas veces el sentido de engaño y en otras el de una velada amenaza. Es así, porque en ocasiones solamente recibe y en otras se hace dar o prometer", con lo cual estaría dando a entender que, aparte de afectarse la Administración Pública y el patrimonio económico, habría aquí un tercer bien jurídico afectado, cual sería el de la libertad o capacidad de autodeterminación, lo cual no es por él ni expresado ni clarificado, como que cuando explica cuál es el sujeto pasivo de esta conducta, se limita a señalar a la persona que da o promete, en la medida en que se afecta su patrimonio económico, y a la Administración Pública, que ve afectada su seriedad y prestigio.

---

[527] Citado por Bernal Pinzón, *Op. Cit.* Págs. 389-390.

[528] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 111-112.

1.1.3.2.3. CARACTERIZACIÓN GENÉRICA DE LOS VERBOS DIRECCIONALES.

El recibir, hacer dar o prometer a que alude la disposición que se revisa, admite ser caracterizada por dos vías fundamentales:

1.1.3.2.3.1. *Puede consistir en dinero o dádiva.*

Lo que se recibe, hace dar o prometer, puede consistir tanto en dinero, como en dádiva: Dinero es aquel instrumento de cambio con poder liberatorio, es un espacio y tiempo determinado, como lo sería, para nuestro caso específico, el Peso colombiano. Dádiva, por su parte, sería toda utilidad, favor o regalo, con lo que es claro que si, por ejemplo, lo que se entrega por parte del interesado al intermediario son dólares (o cualquier moneda extranjera), es este el rubro bajo el cual aparecería cobijado este objeto, y no por el de dinero, en la medida en que, en Colombia, el dólar (como ninguna otra moneda extranjera), tiene poder liberatorio (como sí sucede, por ejemplo, en Panamá o Perú, en donde, a la par de la respectiva moneda nacional, tiene poder liberatorio el dólar americano).

De paso, cabe aquí recordar lo anteriormente expresado, en el sentido de que por dádivas no pueden ser aquí entendidas las gratificaciones o prestaciones de índole sexual, las mismas que quedarán cobijadas en el evento de su observancia, dentro del título del Código Penal correspondiente a los delitos contra la libertad y el pudor sexuales.

1.1.3.2.3.2. *Puede ser para sí o para un tercero.*

Sobre la base de la redacción que actualmente enseña la disposición que nos ocupa, podemos predicar que tres pueden ser las situaciones que se presenten en relación con la recepción de la dádiva: una, que el agente reciba para sí; dos, que el agente reciba para un tercero; y tres, que el agente le haga dar a un tercero.

Que el agente delictual reciba, haga dar o prometer dinero o dádiva, para sí, es algo que debe ser suficientemente claro para esta altura de la exposición, motivo por el cual no nos detendremos en tal hipótesis. Empero, sí creemos que amerita examen particular y detallado, el caso de que el agente reciba, haga dar o prometer, para un tercero, no sólo porque debe clarificarse cómo puede darse o presentarse tal situación, esto es, lo que tal expresión verbal significa, sino, lo que a la postre puede ser más importante aún, cuál sería la situación jurídica de ese tercero.

Cuando una tal hipótesis se presente, justo será reconocer que ya no serán tres, como lo decíamos al principio, sino cuatro los sujetos eventualmente involucrados: Primero, el servidor público (que en todo caso deben ser ajenos a la negociación, según ha sido ello reiteradamente puesto de presente); segundo, el traficante, mediador, oferente o vendedor (quien invoca influencias, reales o simuladas, puesto que finalmente no interesa si las mismas existen o no); tercero, el comprador,

interesado o afectado; y, finalmente, cuarto, dentro de la hipótesis propuesta, la persona a través de la cual el comprador hace o efectúa el pago, porque así lo ha dispuesto el traficante, o, visto desde otro punto de vista, la persona a través de la cual el traficante recibe el pago, o para quien, finalmente, va dirigido tal pago.

Esclarecido entonces el papel de ese tercero, debemos entonces analizar cuál será su situación jurídica, en relación con la hipótesis delictual así materializada. Y para tales efectos, digamos que lo primero que debe determinarse es si tal tercero, esto es, a través del cual el traficante recibió el pago, o para quien iba dirigido tal pago (puesto que son dos hipótesis claramente diferenciables), obró o no culpablemente: Si actuó inculpablemente (fue utilizado como un mero instrumento, sin saber a qué obedecía tal pago; o recibió lo que le entregaban, sin conocer ni saber de su origen espurio), es claro que no habrá de responder penalmente. Empero, si actuó culpablemente, esto es, con el conocimiento de la ilicitud del hecho, y no obstante tal conocimiento, responderá o a título de cómplice, conforme al artículo 24 del Código Penal, o a título de encubridor, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 ejusdem, según haya sido el momento en que se celebró el acuerdo entre él (el tercero) y el traficante, de cara a la consumación del hecho: Si el acuerdo fue anterior, en relación con el instante en que ante un comprador han de ser invocadas las influencias, será cómplice; si el acuerdo es posterior a tal instante, y hay conocimiento del origen espurio del dinero o dádiva, será encubrimiento por receptación.

1.1.3.2.3.3. *El comprador, a su vez, puede pagar directamente o a través de un tercero.*

La hipótesis propuesta se complica notoria y ostensiblemente, cuando se piensa en la posibilidad, altamente factible, en que presentado el acuerdo entre el interesado y el traficante, ni el primero pague directamente, ni el segundo reciba directamente, sino que, cada uno de ellos, lo haga por interpuesta persona: Así, no tendríamos ya cuatro sujetos involucrados en este evento, sino cinco, a saber, el servidor público (completamente ajeno a la situación); el interesado-comprador y el traficante (cuya respectiva posición o situación jurídica ya fue examinada); el tercero a través del cual, o para el cual, el traficante recibe (cuya condición fue examinada en el acápite inmediatamente precedente); y, finalmente, el tercero a través del cual el comprador efectúa el pago.

En orden a fijar la suerte jurídica de este último debe procederse, también, a clarificar, inicialmente, si actuó o no de manera culpable: Si obró inculpablemente, no deberá responder penalmente por nada. Pero si obró culpablemente, habrá que distinguirse en qué momento se dio el acuerdo con el comprador: Si su acuerdo con el comprador fue anterior el acuerdo que entre el comprador y el traficante habría de darse, podrá ser cómplice del comprador (y no del traficante), accedien-

do a la figura jurídica a título de la cual deba responder aquel; si su acuerdo fue posterior al momento consumativo del acuerdo entre el traficante y el comprador, podrá ser encubridor por favorecimiento, según lo dispuesto en el artículo 176 del Código Penal.

1.2. ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL TIPO.

1.2.1. *ELEMENTOS SUBJETIVOS.*

Contrario a lo aseverado por GÓMEZ MÉNDEZ[529], para quien contempla esta norma un "ingrediente subjetivo del tipo" en las expresiones "con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de un asunto", nosotros somos de la opinión de que no contempla la figura ningún elemento subjetivo del tipo, entendido ese concepto como la particular intencionalidad de ánimo que preside el actuar del agente delictual: Y no creemos que esa finalidad de obtener favor de un servidor público observe la calidad de elemento subjetivo del tipo, por la muy sencilla razón de que no es esa una particular intencionalidad de ánimo del agente, esto es, del intermediario-traficante, sino, todo lo contrario, del interesado-comprador, como que es esa, y no otra, la intención que impulsa a obrar así a tal comprador (y no al traficante), con lo cual mal se haría en sostener que se trata de un elemento subjetivo del tipo (entendido como la particular intencionalidad de ánimo que preside el actuar del agente delictual).

Más aún, conforme a explicaciones ya consignadas, tampoco creemos que el recibir, hacer dar o prometer comporte tampoco elemento subjetivo del tipo en momento alguno, como que de lo que se trata allí es de un resultado material que de manera real y efectiva debe haber sido logrado, obtenido, por parte del agente delictual, para que se pueda predicar la consumación del delito: No basta, pues, con que el agente delictual tenga la intención de conseguir tal provecho, sino que, conforme a la redacción de la norma, es menester que lo obtenga, para que pueda consumarse el delito que examinamos, según fue ello explicado en páginas anteriores.

1.2.2. *DESCRIPTIVOS.*

En lo que sí estamos de acuerdo con GÓMEZ MÉNDEZ[530], es en su opinión de que "podría hablarse de una especie de circunstancia modal en cuanto el actor recibe el dinero o dádiva, invocando influencias reales o simuladas que pueda desarrollar ante el empleado oficial", entendiendo que es ese, y no otro, el presupuesto fáctico bajo el cual debe recibir el agente, posteriormente, el dinero o la dádiva de parte del interesado-comprador (y no otro).

---

[529] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 102.

[530] Ibídem, pág. 102.

1.2.3. *NORMATIVOS.*

Conocido ya el contenido y significado de elementos normativos tales como los de servidor público; invocar influencias reales o simuladas; recibir, hacer dar o prometer; para sí o para un tercero; dinero o dádiva, restaría por analizar solamente dos de los elementos normativos adicionales que contempla tal figura: El primero, la finalidad de la actuación del interesado-comprador, que no es otra que la de obtener favor; y el segundo, que ese servidor público esté conociendo o haya de conocer de un asunto. Veamos:

1.2.3.1. *LA FINALIDAD DE OBTENER CUALQUIER BENEFICIO DE PARTE DEL SERVIDOR PÚBLICO.*

A diferencia de lo que estimaba el artículo 147 del Código Penal, en su texto original, que hacía radicar la teleología de la entrega o promesa de la dádiva en obtener un favor del empleado oficial, la norma actual prefiere aludir a la intención de obtener "cualquier beneficio" de parte del servidor público que esté conociendo o haya de conocer de determinado asunto: así, puede entonces decirse que lo que motiva o impulsa el actuar del interesado-comprador (que no del traficante-intermediario-oferente-vendedor), es el hecho de que, sobre la base de una contraprestación al traficante, aspira él a obtener cualquier beneficio de parte de un servidor público.

Por favor, decía el profesor LUIS CARLOS PÉREZ[531], se entiende "cualquier clase de socorro, ayuda, protección, honra o beneficio. Pero también es cualquier gracia, provecho o crédito". Así, constituiría favor tanto la concesión de un empleo, como la adopción de una determinada decisión (un fallo absolutorio deseado, la puesta en libertad de un familiar o allegado, la no emisión de un mandamiento de pago, la asignación de un contrato con la Administración, etc.), y, aún, la concesión de un determinado reconocimiento (como sería la concesión de un honor o crédito público, por parte de la Administración, en relación con una persona), y, excepcionalmente, porque no ha de ser lo más corriente, en la obtención de un beneficio económico.

Por ello mismo, se discutía a nivel doctrinal, si ese favor puede ser de naturaleza ilícita, o siempre ha de ser de naturaleza lícita: ARENAS[532] sostenía que no puede ser de naturaleza ilícita, porque entonces se desviaría hacia un cohecho o a un soborno, según el caso. GÓMEZ MÉNDEZ[533], en criterio que compartíamos, piensa que puede ser tanto de naturaleza lícita como ilícita, señalando que tanto se puede tratar de agilizar trámites, obtener concesiones y facilitar acciones administrativas; como de asuntos puramente ilícitos, entendiendo que "el solo hecho de que se hable de favor de un funcionario que esté conociendo o haya de conocer de

---

[531] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 281.

[532] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 60.

[533] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 103.

un asunto, nos da la idea del origen indebido de la recepción del dinero o de la dádiva".

Con la modificación que introduce el referido artículo 25 de la Ley 190 de 1995, al texto original del artículo 147 del Código Penal, nosotros creemos que esa discusión ha quedado zanjada, si no totalmente al menos sí en gran medida, como que ya no se alude a un favor sino a cualquier beneficio, esto es, a cualquier cosa, acto o prestación, que para el interesado constituya beneficio, sea ello lícito o no: Tanto puede tratarse de un favor lícito como de un favor ilícito, porque lo que está sancionando este tipo penal no es el actuar del servidor público, sino la actuación irregular que, en desmedro de la buena imagen de la Administración, está observando el traficante: Cómo sostener, preguntamos nosotros, que el encuadramiento típico de la conducta se desvíe hacia un cohecho cuando se trate de obtener favor ilícito de un servidor público, si precisamente el acuerdo entre el traficante y el interesado se realiza y cumple a espaldas del servidor? Creemos, pues, que tanto puede tratarse de un favor lícito como de uno ilícito, lo que sólo reportará diferencias al momento de la cuantificación de la pena, atendiendo a los criterios dosimétricos contenidos en el artículo 61 del Código Penal, como que, ciertamente, es mayor el grado de injusto que conjuga el que se prometa la obtención de un favor ilícito, que el hecho de que lo prometido por el traficante al interesado sea la obtención de un favor lícito.

Así, por ejemplo, el favor ilícito que se espera obtener por parte del interesado, en relación con el servidor público, puede perfectamente consistir en la emisión de un acto contrario a derecho, porque se haga antes o después de tiempo, o porque se haga en sentido contrario al legalmente debido, sin que ello configure un cohecho, habida cuenta que en este tipo penal se parte precisamente del supuesto de que el funcionario es ajeno a la negociación y acuerdo, por lo que en ningún momento puede decirse que se esté negociando la función pública.

Y siendo ello así, podemos predicar que ese favor que aspira a obtener el comprador del servidor, a partir de la contraprestación que concede al traficante, admite ser caracterizado de la siguiente manera:

1.2.3.1.1. *NO ES NECESARIO QUE SE OBTENGA EFECTIVA Y FINALMENTE EL BENEFICIO.*

Ciertamente, no es necesario que se obtenga efectiva y finalmente el beneficio de parte del servidor público, especialmente teniendo en cuenta el hecho de que se hace referencia aquí a la motivación o especial intención de ánimo que impulsa o preside el actuar del comprador-interesado, algo que para el agente delictual (traficante-vendedor-oferente), resulta completamente indiferente, en cuanto a su consecución, cuando de encuadrar típicamente su conducta se trata. Y más si se tiene en cuenta que ni siquiera es necesario que el agente delictual realmente despliegue o haga uso y ejercicio de sus influencias ante el funcionario (desde el momento en que ni siquiera es necesario, para la estructuración de la conducta típica, que

cuente con tales influencias, toda vez que ellas, incluso, pueden ser meramente simuladas);

1.2.3.1.2. *EL BENEFICIO QUE SE PRETENDE OBTENER, PUEDE SER PRESENTE O FUTURO.*

Ello quiere decir que tanto puede tratarse de la obtención de un favor en el presente inmediato, como en el futuro inmediato o mediato (como cuando, en este último caso, se entrega dinero a un traficante, con la intención de obtener un favor de parte de la autoridad que posiblemente haya de conocer, en el futuro, de un asunto que a él le interesa).

De allí que GÓMEZ MÉNDEZ[534] sostenga que "no es siquiera indispensable que el asunto esté siendo objeto de conocimiento por parte de la "autoridad", ya que el hecho también se tipifica y se consuma, desde el momento mismo de la entrega, aún cuando el asunto no haya llegado aún al conocimiento de la autoridad", con lo que, de paso, se comenta el segundo de los elementos normativos del tipo que nos faltaba por examinar, a saber, el echo de que el "servidor esté conociendo o haya de conocer de un asunto".

1.2.3.2. *DEBE TRATARSE DE UN ASUNTO DEL QUE ESTÉ CONOCIENDO O HAYA DE CONOCER EL SERVIDOR.*

Que se trata aquí de una conducta que alude a un asunto que funcionalmente sea de competencia del servidor público se pone de presente cuando la norma dispone que el sujeto eventualmente influenciable ha de ser un "servidor que esté conociendo o haya de conocer de un determinado asunto", con lo que es claro que si el asunto que interesa al comprador, no es de la órbita funcional del servidor respecto del cual el traficante dice tener influencia, no estaremos en presencia de esta figura delictual, sino de una estafa o de un aprovechamiento de error ajeno, según sea el caso; lo que no obsta para que podamos nosotros apoyarnos en GÓMEZ MÉNDEZ[535], para exponer que "existe el delito aún en la hipótesis de que el sujeto activo reciba el dinero o la dádiva, alegando influencias ante un empleado que va a conocer de un asunto (judicial, administrativo, etc.), y a este último finalmente no se le asigne el conocimiento del negocio".

2. EVALUACIÓN GENERAL DE LA FIGURA.

Para nosotros, es este un tipo penal que perfectamente podría ser despenalizado, esto es, que manteniendo el carácter ilícito de la conducta, se pase su reglamentación y punición a ordenamientos jurídicos diferentes, como podría ser el caso del derecho administrativo y el derecho policivo.

---

[534] Ibídem, pág. 103.

[535] Ibídem, pág. 104.

A sostener tal parecer, contribuyen criterios y argumentos como los expuestos por GÓMEZ MÉNDEZ[536], por medio de los cuales se demuestra la inutilidad práctica del tipo penal que tratamos, los mismos que podrían sintetizarse de la siguiente manera:

- Si de lo que se trata es de que el sujeto activo recibe dinero de alguien, alegando una influencia simulada, la conducta bien puede encausarse en el tipo penal de la Estafa que contempla el artículo 356 del Código Penal;

- Si el agente recibe el dinero alegando influencias que realmente tiene sobre el empleado, pero que finalmente no utiliza, se tiene que la solución podría ser la misma que acaba de proponerse, con la advertencia de que si el favor que se busca es de contenido ilícito, no podría el perjudicado alegar engaño, por cuanto el objeto de la negociación era de carácter indebido;

- Si el vendedor de humo recibe el dinero y ejerce realmente su influencia sobre el servidor público, se tendrían, a su vez, dos posibilidades: Primera, que la influencia no logre obtener el favor de parte del servidor, caso en el cual no se ve claro (en sentir de GÓMEZ MÉNDEZ, que sí en el nuestro), de qué manera se puede afectar la Administración Pública; y la segunda, que la influencia sí sirva para obtener el favor esperado y buscado, caso en el cual el servidor público sería sujeto activo de un cohecho y el traficante partícipe del mismo.

Finalmente, partiendo de la idea de que sí creemos nosotros afectada la Administración Pública, en su buena imagen y en su buena marcha, cuando pese a haber ejercido sus influencias ante el funcionario, el traficante no logra obtener el favor anhelado (lo que para GÓMEZ MÉNDEZ no parece ser claro), sostenemos que la solución a esa hipótesis única en que tendría aplicabilidad esta figura delictual, no estaría tanto en el derecho penal, cuanto en el derecho administrativo y/o policivo, siendo ese, entonces, el argumento final con el cual abogamos por la despenalización de esta conducta.

Como prueba fehaciente de la bondad de nuestra propuesta, nos permitiremos nosotros recordar que, para el caso concreto de los congresistas, el numeral 5o. del artículo 183 de la Constitución Política de 1991, dispone:

> "ART. 183. - Los congresistas perderán su investidura:
> 5o. Por tráfico de influencias debidamente comprobado".

[536] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 104-105.

SUBSECCIÓN SEXTA
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

En atención a las modificaciones introducidas por los artículos 26 y 32 de la Ley 190 de 1995, el artículo 148 del Código Penal, atinente al enriquecimiento ilícito, actualmente observa el siguiente contenido normativo:

> "El [servidor público] 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 pena 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]
> En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado".

0. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

Estamos aquí en presencia de una figura novedosa dentro de la legislación penal colombiana, pese a los numerosos intentos por su acriminación legal, recordados por ZARAZO OVIEDO[537], la misma que, ciertamente, no encontraba mayor fundamento dentro de la Constitución Nacional de 1886, si bien ahora lo encuentra claramente en la Carta Fundamental de 1991[538]: En efecto, la Constitución

---

[537] Zarazo Oviedo, Luis Arnoldo. *El Enriquecimiento Ilícito*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 1993. Págs. 31-36.

[538] No deja de ser interesante recordar, como lo hizo la Corte de Suprema de Justicia, en providencia de Noviembre 21 de 1990, con ponencia del Dr. Guillermo Duque Ruiz, cuáles fueron los orígenes legislativos de esta disposición, oportunidad en la cual, sobre ese tema, se apuntó:

"Ante la frecuencia del enriquecimiento económico, 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 de ley que acogían esta tendencia fueron presentados al Congreso de la República, pero por desgracia, ninguno de ellos alcanzó a culminar con éxito su itinerario. Sólo al entrar en vigencia el Código Penal actual (Decreto 100 de 1980), pudo satisfacerse este anhelo nacional, del cual se ocuparon los diferentes proyectos del Código que lo antecedieron.

En el anteproyecto de 1974, se aprobó la siguiente redacción para el delito en comento:

"ART. 171. ENRIQUECIMIENTO ILICITO. - El funcionario o empleado público o trabajador oficial que obtenga para sí o para un tercero incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio de su cargo, incurrirá en prisión de ..."

La Comisión encargada de revisar el anterior proyecto, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones el empleado oficial solo con posterioridad a la dejación de su cargo incorporaba a su patrimonio el incremento ilícito del mismo obtenido durante el desempeño de sus funciones públicas, y que además, la conducta únicamente debía ser considerada como atentatoria contra la Administración Pública cuando el enriquecimiento estaba vinculado con el cargo público o con las funciones inherentes a éste, modificó sustancialmente el proyecto inicial para ponerlo a tono con estas consideraciones. Así mismo y advirtiendo las dificultades probatorias propias de este ilícito, estableció una presunción (iuris tantum) de responsabilidad y le dió al nuevo tipo penal un carácter subsidiario. Por último y para impedir los abusos que por retaliaciones políticas o de otra índole pudieran presentarse, estimó conveniente establecer la necesidad de querella por parte de la Procuraduría General de la Nación.

El texto aprobado fue del siguiente tenor:

"ART. 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, incurrirá en prisión ...

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.

Para los efectos previstos en este artículo, la Procuraduría o el funcionario de instrucción podrán investigar el patrimonio de terceros enriquecidos por el empleado o el de aquéllos con quienes éste pretenda ocultar el delito.

La acción penal sólo podrá iniciarse a petición de la Procuraduría General de la Nación".

Esta fórmula se mantuvo inalterada en el proyecto de 1978, cuando en el artículo respectivo -183- a este delito se le denominó "Enriquecimiento Indebido".

Posteriormente, la Comisión Asesora de 1979 que en últimas fue la encargada de redactar definitivamente el texto del nuevo Código, suprimió la presunción introducida en el proyecto de 1976 y aprobó la fórmula hoy vigente, muy similar a la plasmada en el proyecto Soler de 1960 (art. 346, inciso d) y que sirvió de base a la propuesta por Ricardo C. Núñez, acogida por la Ley de "Reformas al Código Penal y Legislación Represiva" de Argentina (Ley 16.648 del 30 de Octubre de 1964; art. 2682):

"ART. 148. ENRIQUECIMIENTO ILICITO. - El empleado oficial que por razón del 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.

Las pruebas aducidas para justificar el incremento patrimonial son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto".

Es importante advertir que por fallo de 9 de Diciembre de 1982, la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el último inciso de la norma transcrita.

La conducta objetiva prevista en esta norma, consiste en la obtención, por parte del empleado oficial, de un incremento patrimonial no justificado, siempre y cuando, como el mismo texto legal lo exige, dicho enriquecimiento se haya obtenido por razón del cargo o de las funciones propias de éste y que tal hecho no constituya otro delito.

Es claro que si la presunción (iuris tantum) de responsabilidad consagrada en los proyectos de 1976 y 1978 ni fue acogida por la norma vigente, corresponde al Estado demostrar que por parte del

Política que actualmente nos rige, establece dos supuestos básicos y fundamentales, que sirven de soporte y sustento a esta disposición, cuales son los del inciso segundo del artículo 34, que autoriza la declaratoria de la extinción del dominio "sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social", de un lado; y del otro, el artículo 122B de la misma, cuyo inciso segundo predica que "antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite [el servidor público] deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas"[539], lo que tiene gran trascendencia y significancia para los efectos prácticos de esta disposición, como más adelante se verá.

1. IMAGEN RECTORA.

La imagen rectora de la conducta prevista en el artículo 148 del Código Penal, se estructura sobre la base de los siguientes elementos:

- Sujeto activo, en principio, calificado, como que debe ser un servidor público;

- Que ese servidor público obtenga incremento patrimonial no justificado;

- Que ese incremento patrimonial no justificado se obtenga por razón del cargo o de las funciones del servidor público, vale decir, nexo causal entre el incremento patrimonial no justificado y ejercicio del cargo público;

- Que ese comportamiento, de por sí delictual, no constituya otro delito.

Evidentemente, a tal caracterización cabría adicionar la situación del tercero que, eventualmente, es utilizado para disimular (ocultar) el incremento patrimonial no justificado.

Accedamos, pues, al análisis particularizado de cada una de tales características:

1.1. SUJETO ACTIVO CALIFICADO: SERVIDOR PÚBLICO.

Se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado, como se exige que el mismo ostente la calidad de servidor público, lo cual, a su vez, tendrá gran importancia para diferenciar esta figura punible de otras, según habrá ello de ser puesto de presente en párrafos posteriores: Con todo, en la medida en que ya ha sido por

---

Empleado Oficial no solo hubo un incremento patrimonial no justificado, sino también que este fue obtenido por razón del cargo público o de las funciones inherentes a este".

[539] Y que, a su vez, es confirmado por el artículo 1o. del Decreto 2232 de 1995, según el cual:

"Quien vaya a tomar posesión de un cargo público o a celebrar contrato de prestación de servicios con duración superior a tres (3) meses, deberá presentar la declaración de bienes y rentas, así como la información de la actividad económica privada".

nosotros suficientemente comentado lo que por servidor público se entiende, a tales comentarios remitimos.

1.2. EL NEXO CAUSAL ENTRE EL EJERCICIO DEL CARGO PÚBLICO Y LA OBTENCIÓN DEL INCREMENTO PATRIMONIAL.

Que por razón de su cargo o de sus funciones, ese servidor público haya obtenido un incremento patrimonial, lo cual exige dos comentarios independientes:

1.2.1. De un lado, nos obliga a subrayar que entre el incremento patrimonial y el cargo o las funciones del servidor, debe existir, forzosamente, un nexo causal, pues que de lo contrario, no estaríamos en presencia de este tipo penal[540]: En efecto, si el incremento patrimonial experimentado por ese servidor público, no guarda relación con el ejercicio de su cargo o de sus funciones, o estaremos en presencia de una conducta atípica (como acontecería, por ejemplo, en el evento de que el funcionario se hubiese ganado una lotería o hubiese recibido una herencia, eventos esos que al aparecer como plenamente lícitos, no estarían comprendidos dentro de la órbita del tipo penal, que exige conexión con el ejercicio del cargo o de las funciones, desembocando en un juicio de atipicidad del comportamiento), o, en su caso, de otro hecho punible (tal como lo prevé la misma disposición, al exigir que ese hecho no constituya otro delito, cual sería el caso de que el funcionario hubiese obtenido ese incremento patrimonial por la vía de comisión de un delito, el mismo que no guardase conexión o relación con su cargo y/o funciones, como por ejemplo, que hubiese cometido un hurto, una extorsión o un secuestro, hipótesis todas ellas en las cuales, creemos, habría de aplicarse esta segunda tipicidad, y no la del Enriquecimiento ilícito prevista en el artículo 148, inciso primero, del Código Penal).

1.2.2. Y del otro, nos determina a revisar lo que se entiende por incremento patrimonial, lo cual partiría de clarificar qué es lo que se entiende por patrimonio.

Si para efectos puramente contables (y, aún, fiscales), se entiende por patrimonio el conjunto de activos y pasivos radicados en cabeza de una persona, es lo cierto que no podemos emplear aquí tal noción, como que ello podría conducir a señalar que todo incremento en el pasivo de una persona, seria configurante de un enriquecimiento ilícito, en la medida en que, por tal vía, ha habido un incremento de su patrimonio, si bien, se repite, por pasiva: Y no podemos aceptar tal concep-

---

[540] Sobre tal materia, interesante resultará considerar los pareceres expuestos por la Corte Suprema de Justicia, en proveído de Enero 24 de 1997, con ponencia del Dr. Jorge E. Córdoba Poveda:

"Aseverar, que por ser congresista y obtener coetáneamente incremento patrimonial injustificado, la conducta se subsume en la descripción del art. 148 del C.P., es desconocer que no basta la calidad de servidor público y el incremento patrimonial no justificado, sino que además es menester que exista relación entre los dos, esto es, que el citado aumento lo sea por razón del cargo o de las funciones, lo que hasta el presente no aparece demostrado en el expediente, ni por prueba directa ni indiciaria".

ción, insistimos, porque ello traduciría penalizar lo que, en verdad, constituiría un empobrecimiento (que no necesariamente podría o debería ser calificado de ilícito, pues que ello bien podría haber ocurrido por situaciones adversas, imprevisibles e irresistibles, del mercado; o por un ejercicio laboral desfavorables, desde el punto de vista económico y productivo; y no necesariamente por una intención declarada de colocarse en situación de insolvencia).

Por esta vía, no puede menos que colegirse que con gran cuidado debe manejarse, con relación al tipo penal en comento, la noción de patrimonio y, consecuencialmente, la de incremento patrimonial, pues que, perfectamente, puede ocurrir que un incremento de los pasivos se vea acompañado de un incremento de los activos, como cuando una persona asume deudas y obligaciones, con miras a la adquisición de bienes (activos): Ciertamente sus activos se han incrementado, al igual que lo han hecho sus pasivos, todo lo cual puede reportar, finalmente, un incremento patrimonial.

Por ello, en síntesis, diremos que estaremos en presencia de un incremento patrimonial, cuando los activos de una persona se hayan aumentado, bien en relación con el pasivo del cual ella es igualmente titular, bien sobre la base de tal pasivo (esto es, incrementando el pasivo para lograr un incremento del activo): Cuando simplemente se haya producido el incremento del pasivo, sin que ello reporte el incremento del activo, estaremos en presencia de una conducta atípica, puesto que más que un enriquecimiento, como ha quedado dicho, lo que se ha presentado es un empobrecimiento, que, por lógicas consideraciones, no debe ni puede ser punible (al menos en principio, esto es, mientras no sea doloso y encaminado a la elusión de compromisos obligacionales en perjuicio de los acreedores, si bien sería comportamiento que habría de sancionarse a nivel de los delitos contra el patrimonio económico).

1.3. EL INCREMENTO PATRIMONIAL DEBE SER INJUSTIFICADO.

Ese incremento patrimonial, como tercer elemento de la imagen rectora de la figura en análisis, a más de guardar relación con el cargo o las funciones del servidor público, debe conjugar la calidad de injustificado, pues que, en verdad, lo que está sancionando la norma no es el hecho de que los servidores públicos obtengan incrementos patrimoniales, como no podría hacerse ello dentro de un sistema pseudo-capitalista como el nuestro (que parte, precisamente, de la base de que las personas tienden a la acumulación de capital, y, consecuencialmente, a la estructuración de un patrimonio cada vez mayor), sino que tales incrementos aparezcan como injustificados.

Evidentemente, la pregunta sería: Cómo establecer que un determinado incremento patrimonial experimentado por parte de un específico servidor público (a quienes va dirigida esta norma, como fue ello puesto de presente desde párrafos anteriores), es injustificado?

Que un incremento patrimonial aparezca como injustificado parte de la base de la comparación de dos extremos: De un lado, del nivel (cuantía, valor) de un patrimonio inicial; y del otro, del nivel del patrimonio final, los cuales han de ser comparados. Dicho de otra manera, y recordando la importancia que respecto del inciso segundo del artículo 122B de la Constitución Nacional poníamos de presente en líneas precedentes, habrá de partirse de la base de los bienes (activo + pasivo) que en un determinado momento histórico poseía una persona, para efectos de lo cual nada más valioso que su misma declaración juramentada rendida al respecto, al momento de tomar posesión de su cargo; y con respecto a ello habrá de analizarse, por vía de comparación, lo que esa persona, a título de patrimonio posee en un momento histórico posterior, en orden a establecer si hay o no correspondencia o concordancia entre tales extremos[541].

Lógicamente, de lo que se trata es de establecer si el patrimonio con el que contaba esa persona en un momento inicial (por ejemplo, al momento de la toma de posesión de su cargo), justificaba, habilitaba o permitía la consecución del patrimonio que en el segundo momento (esto es, en el momento en que tal situación es examinada, por lo que cabría calificarla como "el momento actual"): De ser ello así, diremos que estamos en presencia de un incremento patrimonial justificado, y que, por esa misma vía, la conducta es atípica o, en su caso, plenamente ajustada a derecho (pues que, se repite, no se sanciona el hecho de que una persona obtenga un incremento patrimonial, sino el hecho de que ese incremento patrimonial aparezca como injustificado). Y de no ser ello así, esto es, cuando de lo que se tenía como patrimonio, en el momento inicial, no justifica ni habilita ni explica lo que se tiene en el momento actual, tendremos que decir que, al menos en un primer momento, la conducta sí aparece como típica, al adecuarse a la descripción comportamental contenida en la norma[542].

Ahora bien, entre esos dos extremos, esto es, entre los dos instantes de la vida patrimonial de esa persona, deben ser tenidos en cuenta dos factores que no pue-

---

[541] Un muy interesante ejemplo de cómo debe procederse para estos efectos, lo dispensa el auto de Septiembre 23 de 1992, proferido por la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr. Guillermo Duque Ruiz.

[542] Lo polémico del asunto viene dado por el hecho de que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Julio 17 de 1996, con ponencia del Dr.Carlos E. Mejía Escobar, llegó a significar lo siguiente:

"Ahora bien, la defensa se ha preocupado bastante por requerir el monto del enriquecimiento ilícito, esto es, que se le precisa una cifra exacta y categórica. Ello resulta una exigencia que en criterio de la Sala desborda realidades y pretende crear confusión, generando la doble falsa sensación de la inocencia del procesado (tan notoria que aún se ignora el monto de la infracción), o de su juzgamiento en condiciones que le impiden defenderse, precisamente por la presunta indeterminación de esa cuantía.

La naturaleza del delito, la índole de la conducta descrita en el tipo, exige señalar una suma que rebase el monto ordinario y explicable de la correlación existente entre ingresos, gastos y acrecentamiento patrimonial, determinación que fue haciéndose año por año en este proceso...".

den ser desconocidos por fallador alguno, cuales son, de una parte, los ingresos lícitos y demostrables de esa persona, durante ese determinado período de tiempo, con lo que habría de decirse que al patrimonio inicial habría que sumar los ingresos ordinarios, corrientes y, sobre todo, demostrables, de esa persona, para revisar si por tal vía se explica el monto o cuantía del patrimonio actual; y de la otra, un fenómeno monetario de común ocurrencia en nuestro medio, cual es el de la inflación y la consecuente valorización de los bienes, ya que, en promedio, situándose la inflación en Colombia en promedios anuales del 25 o 30 por ciento, resulta poco menos que lógico concluir que todo bien (particularmente inmueble), que en un determinado período fiscal presenta un determinado nivel de precio comercial, al año siguiente (entendido el concepto dentro de parámetros fiscales), valdrá, por lo menos, un 25% (veinticinco por ciento), más, amén de la valorización intrínseca que experimenta corrientemente el respectivo bien (como sucede ordinariamente, en nuestro medio, con los bienes inmuebles)[543].

1.4. INEXISTENCIA DE OTRO DELITO.

Ese incremento patrimonial injustificado, obtenido por ese servidor público como consecuencia de su cargo o funciones, según lo dispone la misma norma en examen, "no puede constituir otro delito", con lo cual queda claro cuál es la naturaleza jurídica de este tipo penal, el mismo que observa la calidad de tipo penal subsidiario: En otras palabras, ha estimado el legislador que cuando no haya sido posible sancionar a ese servidor público por la vía del prevaricato, del cohecho, del peculado, de la celebración indebida de contratos, etc., lo que debe hacer el Fallador, en orden a la represión de tal comportamiento, es buscar la adecuación de la conducta del funcionario al tipo penal que viene siendo por nosotros examinado[544], algo que no deja de ser muy discutible, desde el punto de vista técnico-jurídico.

---

[543] De similar manera se pronuncia Cusgüen, precisando las variables que han de ser tenidas en cuenta en orden a determinar la licitud -o no- del incremento patrimonial:

Cusgüen Olarte, Eduardo. *Aspectos Investigativos, Jurídicos y Financieros de los Delitos Contra La Administración Pública.* Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 1994. 1a ed. Págs. 53 y ss.

[544] En ese sentido, precisamente, se había pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en la ya citada providencia de Noviembre 21 de 1990, con ponencia del Dr. Guillermo Duque Ruiz (reiterada en sentencia de Octubre 29 de 1993, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda):

"Obvio es que la prueba que acredita el nexo causal entre el cargo público y el enriquecimiento no justificado es de carácter subsidiario o circunstancial, porque así lo exige el carácter subsidiario del delito. Pertinente es aclarar, como lo hace el Magistrado Aldana Rozo en el estudio transcrito por la Delegada, que este carácter subsidiario que se le dio al punible, no fue para solucionar posibles concursos aparentes de tipos, como con frecuencia lo hace el legislador, sino para impedir que por falta de precisión probatoria quedara en la impunidad cualquiera de los otros delitos contra la Administración Pública.

Es decir, que si se demuestra que un empleado oficial se enriqueció injustificadamente por razón de su cargo o de las funciones propias a este, pero la prueba no permite establecer con precisión si el

A ese respecto, cabría señalar que en sentencia No C-319 de Junio 18 de 1996 la Corte Constitucional -con ponencia del Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, y salvamento de voto de los Drs. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y JORGE ARANGO MEJÍA- analizó la constitucionalidad de esta disposición, y, en esa oportunidad señaló respecto de norma que se examina, en cuanto es pertinente, lo siguiente:

> "Previo al análisis de fondo, debe la Corte aclarar que la expresión "empleado oficial" no debe entenderse en el sentido administrativo del término, sino de conformidad con la interpretación dada por el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995 (...).
>
> Se trata de un delito que se manifiesta en el incremento patrimonial del servidor público sin causa que lo justifique de acuerdo con la ley y la ética, y que, para configurarse como tal, exige el dolo. Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica, excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría -concurso aparente de tipos-. Ello quiere decir que si las pruebas aportadas al proceso permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito -lex primariae derogat legi subsidiariae-"[545].

---

incremento patrimonial fue producto de un peculado, de un cohecho, de una concusión, etc., habría necesidad de absolverlo si no existiera en el Código la figura del enriquecimiento ilícito, concebida precisamente para suplir esa falta de precisión probatoria.

Porque si la prueba permite deducir con certeza que el incremento patrimonial fue el fruto de un peculado, de un cohecho, etc., pues obviamente al empleado oficial se le condenará por el peculado, o por el cohecho, o por el delito contra la Administración Pública que con precisión se hubiere establecido.

Esta subsidiariedad del tipo, como ya se anotó, es la que no permite que la prueba del nexo causal entre el enriquecimiento no justificado y el cargo público o las funciones propias de este sea una prueba directa, porque entonces se estructuraría no el tipo subsidiario del enriquecimiento ilícito, sino cualquiera otro de los tipos principales (peculado, cohecho, concusión, etc.). La prueba, pues, en relación con este aspecto, siempre será de carácter indiciario o circunstancial".

[545] Cabría decir, sí, que apoyando esa posición de la Corte Constitucional, conforme a la cual lo que se pretende con la redacción actual de este tipo penal es evitar el concurso aparente entre tipos penales, pero contrariando la ya reseñada providencia de Noviembre 21 de 1990, con ponencia del Dr. Guillermo Duque Ruíz (reiterada en sentencia de Octubre 29 de 1993, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda), en que la Corte Suprema de Justicia se pronunció explicando que ello no era así -en parecer que es por nosotros compartido- sería dable invocar un nuevo pronunciamiento en que esa elevada Corporación se pronunció nuevamente sobre el carácter de tipo penal subsidiario de este tipo penal, lo que ello comportaba y, especialmente, su razón de ser, en sentencia de Julio 17 de 1996, con ponencia del Dr. Carlos E. Mejía Escobar, en la que se anotó:

Y es que, según lo entendemos, el hecho de que se tome esta figura, como lo ha hecho el legislador, como un tipo penal subsidiario, habilita la formulación de dos fuertes críticas a esta disposición: De una parte, que la misma aparece como absolutamente inconstitucional; y de la otra, que ella resulta ser, finalmente, inaplicable.

1.4.1. Lo primero, esto es, que la norma en revisión sea inconstitucional, parte del supuesto de que, en la medida en que el legislador ha concebido este tipo penal como subsidiario, es decir, de aplicación cuando no resulten aplicables otros tipos penales, lo que traduce es una inversión de la carga de la prueba en materia jurídico penal, lo que contradice abiertamente el principio de inocencia contemplado en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Nacional, desde el momento mismo en que el legislador pareciera haber razonado en los siguientes términos: "Como no se le pudo probar ni un cohecho, ni un prevaricato, ni un peculado, ni, en fin, ningún delito; y no deja de ser sospechoso el incremento patrimonial que presenta este funcionario, vamos entonces a investigar su comportamiento dentro de los límites del inciso primero del artículo 148 del Código Penal, para que sea él, el funcionario, el que nos demuestre la licitud del incremento patrimonial que presenta".

Como fácilmente puede apreciarse, por tal vía no sólo se está invirtiendo la carga de la prueba en materia penal, la misma que opera en cabeza del aparato estatal, para desplazarla hacia el mismo procesado, quien es el encargado de demostrar su inocencia, a través de la justificación del incremento patrimonial por él eventualmente experimentado; sino que se está introduciendo una flagrante infracción al inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Nacional, consagratorio del principio de inocencia.

Evidentemente, habrá de reconocerse por nuestra parte que en la ya invocada providencia C-369 de Junio 18 de 1996, proferida por la Corte Constitucional con ponencia del Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, se dio un mentís a la posición por nosotros a este respecto aquí asumida, cuando se dijo:

> "Ahora bien, frente a la afirmación del actor en cuanto que la expresión "no justificado" contenida en el tipo genera una inversión de la carga de la prueba como quiera que conlleva a que sea el ciudadano

---

"En el delito de enriquecimiento ilícito del funcionario, que es el que se constituye en objeto de análisis en este proveído por haber sido precisamente objeto de la imputación, la prueba del nexo causal entre el incremento patrimonial injustificado y el cargo o las funciones inherentes al mismo, no suele ser directa sino circunstancial. Salvo la confesión, cualquiera otra prueba directa conduciría a la muy probable tipificación de otra conducta ilícita, desplazando la tipicidad hacia la concusión, el cohecho u otra figura específica que, en principio, por su carácter de principal subsumiría a la subsidiaria. Dicha subsidiariedad, como se sabe, tuvo para esta específica conducta, una doble explicación histórica: por un lado, resolver el problema técnico jurídico de los concursos aparentes; y por el otro, evitar que por ausencia de precisión probatoria quedase en la impunidad cualquiera de los demás delitos contra la Administración Pública".

quien deba probar el carácter lícito de sus ingresos, debe la Corte señalar que dicha afirmación se aparta por completo por la realidad, ya que es el Estado quien está en la obligación de demostrar la existencia de la conducta típica, antijurídica y culpable, frente a la configuración de indicios graves de presunta responsabilidad y de la ocurrencia del hecho punible.

No se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir **no justificado** todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por supuesto, legal (...).

Además, la explicación relacionada con el incremento patrimonial de los servidores públicos no es un acto impositivo derivado de un proceso penal; es una obligación constitucional de toda persona que ostenta esa especial condición, pues el artículo 122 de la Carta señala expresamente, refiriéndose a los servidores públicos; que, "antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando **autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas**"

El artículo bajo examen consagra entonces un deber específico y concreto de transparencia en el manejo de los bienes públicos por parte de los servidores públicos, que en nada contraviene el debido proceso ni ningún otro derecho consagrado en la Constitución Política" (Negrillas en el texto).

1.4.2. Y lo segundo, que la norma termina siendo inaplicable, porque no se concibe cómo puede un servidor público obtener un incremento patrimonial injustificado, precisamente como consecuencia del ejercicio de su cargo o de sus funciones, "que no constituya otro delito": Creemos, pues que no vemos alternativa diferente, que siempre que un funcionario ha obtenido un incremento patrimonial injustificado, como consecuencia del ejercicio de su cargo o de sus funciones, es precisamente por que ha cometido o un peculado; o un cohecho, o un prevaricato, o una celebración indebida de contratos, en fin, porque ha cometido algún delito contra la Administración Pública.

Por ello, cuando la norma exige que ese hecho no constituya otro delito, lo que está señalando es que, cada vez que el hecho investigado constituya otro delito, la norma aplicable al caso será la consagratoria de ese otro delito, y no la del inciso primero del artículo 148 del Código Penal, con lo cual, como venimos sosteniendo, la norma termina siendo inaplicable en la práctica.

A pesar de que -como es claro- no somos nosotros adeptos a la descripción comportamental que para el momento actual presenta este tipo penal, no podemos dejar de reconocer que, para la Corte -obrando como Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad- se está aquí en presencia de una figura delictual de singular gravedad, tal como lo puso de presente en proveído de Septiembre 29 de 1998, con ponencia del Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR:

"Ahora bien, para el caso particular del Ex General M., el hecho por el cual resultó condenado, como lo afirmó la Corte en la sentencia, "reviste inocultable gravedad" en atención a lo cuantioso del enriquecimiento ilícito, a la circunstancia de haberlo obtenido cuando alcanzó la cima dentro del poder interior de la institución policial y al daño público que un hecho así produce a la sociedad. Y aunque por sí misma la consideración aislada de la gravedad del hecho no puede constituirse en fundamento exclusivo de la negativa a subrogar la pena por la libertad condicional, se encuentra por parte de la Sala que no se ha operado hasta ahora ningún acto material reparatorio, ninguna reposición para el Estado y la sociedad colombiana, de la fortuna ilegítima y delictivamente obtenida, hasta el punto que las autoridades, y particularmente la Procuraduría General de la Nación, han tenido que acudir al ejercicio de una acción de extinción de dominio con sustento en las provisiones de la Ley 333 de 1996 y a la cual ahora se opone el General (r) a través de apoderado".

Y más adelante:

"El enriquecido ilícitamente, delictivamente, no debe esperar condescendencia en materia de subrogados cuando aspira a que se le condone parte de la pena que se le impuso, si esa pretensión implica que el magisterio penal desdeñe su categórico deber de propender por el restablecimiento del derecho, tal como lo señala el art. 14 del C.P.P., en términos que por lo contundentes no dan lugar a duda alguna: "Cuando sea posible las autoridades judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan al estado anterior, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados". Ni puede pretender que el Estado renuncie a su caracterización de Social y patrocine el disfrute de la fortuna mal habida haciendo un juicio favorable de readaptación frente a quien, con su proceder u omisión, revela que poco le importa el contenido sustancial del fallo que lo declaró responsable del hecho delictuoso y que porfiará en desacatar sus conclusiones".

2. LA SITUACIÓN DEL TERCERO.

Según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 148 del Código Penal, en la misma pena prevista en el inciso primero de ese mismo artículo para el servidor público que patentiza tal enriquecimiento ilícito, "incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado"[546], en el entendido de que no siempre el servidor público que obtiene tal incremento patrimonial, coloca a su

[546] Sobre este inciso, en particular, cabría subrayar que la Corte Constitucional, en la varias veces citada sentencia C-369 de Junio 18 de 1996, expresó:

"Finalmente, en relación con el inciso segundo del artículo acusado, el cual señala que "en la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado", la Corte no encuentra ninguna objeción de inconstitucionalidad, pues efectivamente debe entenderse que la interpuesta persona también es responsable de la conducta, cuando el Estado ha probado plenamente los elementos de responsabilidad descritos en el tipo penal".

nombre los bienes obtenidos como consecuencia o con los frutos de su ilícito, pues que prefiere situarlos a nombre de otra persona (generalmente, de alguno de sus allegados inmediatos, como su cónyuge, hijos, padres o hermanos).

Cuál es, entonces, la situación de ese tercero?

Partamos entonces de la premisa de que si por testaferro, tal como lo hace el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA[547], se entiende a "aquella persona que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona", habrá de decirse que, como tal, el testaferrato no es delito en Colombia -en cuanto tal-, pues que práctica común y cotidiana en nuestro medio es la de que, para efectos tributarios, sucesorales, de imagen, etc., los padres coloquen los bienes familiares, a nombre de los hijos, con lo cual no podría decirse, al menos en un primer momento, que por ese sólo hecho, esos hijos estén incurriendo en el delito de testaferrato, toda vez que tal deducción punitiva sólo procederá, cuando medie una ilícita procedencia respecto de esos bienes, de una parte, y de la otra, que quien preste su nombre para ocultar o disimular tales bienes, y consecuencialmente el incremento patrimonial no justificado, actúe dolosamente, esto es, que lo haga a ciencia y conciencia de la ilicitud de su actuar, lo que supone como presupuesto, a su vez, dos cosas: la una, que sepa (conozca) que los bienes han sido colocados a su nombre (esto es, que preste su nombre para tales efectos); y la otra, que sepa de la ilícita procedencia de los mismos.

En síntesis, el tercero a quien puede aplicarse la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 148 del Código Penal (que, por cierto, conjuga la calidad de tipo penal subordinado, tomando como referencia el tipo penal básico del inciso primero de ese mismo artículo), es, tan sólo, la persona que reúne los siguientes elementos:

- En primer término, que sabe que los bienes han sido colocados a su nombre, pues que perfectamente puede acontecer que unos determinados bienes hayan sido puestos a nombre de una persona, por parte de su legítimo titular, sin que el beneficiario con tal actuar tenga conocimiento de ello, como sucede a diario con las sociedades comanditarias simples, de naturaleza familiar, en donde los dos padres concurren a la creación de la sociedad de familia, situando como socios a los hijos comunes, y adscribiendo a tal sociedad todos los bienes familiares, sin que los referidos hijos tengan siquiera conocimiento de que son titulares de esos bienes: En tal caso, lógico es concluir, no podrá decirse que esos hijos sean sancionables por testaferrato, dentro de los límites del inciso segundo del artículo 148 del Código Penal, cuando quiera que su padre, que es un servidor público, y que por razón de su cargo o de sus funciones ha obtenido un incremento patrimonial injustificado, hayan situado los bienes así obtenidos, a su nombre.

---

[547] Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid. 1984. 20a. ed. Pág. 1304.

En resumen, entonces, el primer elemento para que pueda deducirse el juicio de responsabilidad penal a uno de los testaferros a los cuales alude el inciso segundo del artículo 148 del Código Penal, es el de que tengan ellos conocimiento de que tales bienes han sido colocados a su nombre, pues que sólo en tal hipótesis podrá deducirse el juicio de responsabilidad penal con respecto suyo (que no en caso contrario, en el cual habría actuado inculpablemente), atendiendo al principio de culpabilidad;

- El segundo, que tenga conocimiento de la procedencia ilícita de tales bienes, puesto que, al igual que razonábamos en el acápite anterior, de no ser ello así, esto es, de no contar él con la información y/o conocimiento de que tales bienes observaban ilícita procedencia, no podría ser reprochado penalmente, al haber actuado inculpablemente;

- El tercero, que esa procedencia ilícita sea, precisamente, la de un enriquecimiento ilícito patentizado por un servidor público, y no otra, pues que, en tal evento, podríamos desviarnos hacia otro tipo penal (como más adelante se demostrará), teniendo de presente la naturaleza de tipo penal subsidiario que reporta el contenido en el inciso segundo del artículo 148 del Código Penal, respecto del contemplado en el inciso primero del mismo artículo, tal como quedó ello dicho anteriormente;

- Y el cuarto, que obre dolosamente, esto es, que a sabiendas de la ilicitud del acto precedente (es decir, el que dá origen a los bienes), así como del suyo propio (o sea, el de que tales bienes se colocan a su nombre), presta su nombre para tales efectos.

Sólo cuando se reúnan todos esos requisitos, podremos deducir responsabilidad penal a una persona, que puede ser un particular en la medida en que la norma no cualifica al sujeto activo, con base en este inciso segundo del artículo 148 del C.P..

3. VARIANTES PUNITIVAS.

Los elementos propios de la imagen rectora del enriquecimiento ilícito previsto en los incisos primero y segundo del artículo 148 del Código Penal, nos han presentado dos importantes ideas:

La una, que el sujeto activo es calificado, pues que se debe ostentar la calidad de servidor público, para poderse realizar este tipo penal; y la otra, que el tercero a quien se sanciona en el inciso segundo de este artículo, es aquel que accede, con su comportamiento, al enriquecimiento ilícito patentizado por un servidor público, en los términos y condiciones establecidas en el artículo 148.

Pero qué sucede, preguntamos, cuando el sujeto activo que obtiene ese incremento patrimonial no conjuga la calidad de servidor público?. Y, por otra parte, qué sucede cuándo el tercero, con su actuar, no accede, tampoco, al enriqueci-

miento ilícito de un servidor público?. Para resolver estos cuestionamientos, acudiremos nosotros a la revisión de algunas figuras delictuales, que reprimen una y otra situación, así:

3.1. EL SUJETO ACTIVO QUE OBTIENE EL INCREMENTO PATRIMONIAL INJUSTIFICADO, QUE NO OSTENTA LA CALIDAD DE SERVIDOR PÚBLICO.

De dos maneras, esto es, por dos vías, ha regulado el legislador penal colombiano la situación de aquella persona que, sin ostentar la calidad de servidor público, o, aún, que ostentándola pero sin que haya relación con el ejercicio de su cargo o de sus funciones, obtiene un incremento patrimonial no justificado: La una, la del enriquecimiento ilícito de particulares, previsto en el artículo 1o. del decreto 1895 de 1989; y la segunda, la del enriquecimiento ilícito derivado del secuestro, contemplado en el artículo 6o. de la Ley 40 de 1993.

3.1.1. *EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES.*

Mediante el artículo 1o. del decreto 1895 de 1989, incorporado como legislación permanente por el artículo 10 del decreto 2266 de 1991, se acriminó en nuestro medio el denominado enriquecimiento ilícito para particulares, en los siguientes términos:

> "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 sólo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al incremento ilícito logrado".

3.1.1.1. DIFERENCIACIÓN CON EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE SERVIDORES PÚBLICOS.

Sobre la base de tal concepción típica, podríamos nosotros trazar el siguiente paralelo entre el enriquecimiento ilícito de servidores públicos del artículo 148 del Código Penal, y el enriquecimiento ilícito de particulares del artículo 1o. del decreto 1895 de 1989, que de paso nos servirá para comprender a cabalidad los elementos estructurantes de esta última figura, en los siguientes términos:

3.1.1.1.1. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL SUJETO ACTIVO, se tiene que mientras el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos parte del supuesto de un sujeto activo calificado, que no es otro que el servidor público; el enriquecimiento ilícito de particulares parte de la base de un sujeto activo indiferenciado, por vías de lo cual puede sostenerse que es una figura aplicable, no sólo a los particulares, como lo indica la norma, sino a los propios servidores públicos que hayan obtenido un incremento patrimonial injustificado, que no guarde relación con el ejercicio de su cargo o de sus funciones.

3.1.1.1.2. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL FUNDAMENTO DEL INCREMENTO PATRIMONIAL INJUSTIFICADO, se dice que mientras en el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos es el cargo y/o las funciones, pues que debe mediar una indispensable relación entre un extremo y otro; en el enriquecimiento ilícito de particulares, son las actividades delictivas.

Ahora bien, esta última idea amerita un comentario adicional, pues que de entenderse la norma en un sentido exegético, se tendría que cada vez que una persona cometa un delito, a consecuencia de lo cual obtuviese un incremento patrimonial injustificado, habrían de sumarse aritméticamente, tal como lo dispone el artículo 1o. del decreto 1895 de 1989 que se viene examinando, las penas imponibles por ese primer delito, con las imponibles por esta forma de enriquecimiento ilícito. Empero, una interpretación teleológica de la norma, cual la presentada por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de Sala Plena proferida el día 3 de Octubre de 1989, al examinar la exequibilidad de tal decreto, excluiría tal posibilidad, radicando la confluencia de esta forma de enriquecimiento ilícito, única y exclusivamente con las actividades delictivas propias del narcotráfico, y sus delitos conexos.

En efecto, en tal oportunidad dijo la Corte:

> "No obstante que el artículo 1o. del Decreto (se refiere al D.L. 1895 de 1989) alude al "incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas", en un aparente exceso del ejecutivo en la adopción de la medida, ya que no toda acción delincuencial es causa de la actual desestabilización institucional. Sin embargo, 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, expedidas a partir del pasado 18 de Agosto [de 1989, se aclara], toda ellas encaminadas a enfrentar la acción de la delincuencia organizada vinculada al tráfico de estupefacientes, lo cual permite delimitar el marco de aplicación de sus preceptos.
>
> Es obvio que una interpretación aislada y fuera de contexto de la preceptiva del decreto, no revela su plena significación y conduce a una conclusión equivocada respecto de su aplicación y por ende de su validez constitucional. Por ello, ha de entenderse que sus disposiciones sólo miran a la penalización de un hecho punible íntimamente ligado a las causas que mantienen el estado de zozobra -su verdadero alcance- y no como podría pensarse, dirigidas a reprimir en general, el incremento patrimonial producto de cualquier actividad delictiva. Dicho de otra forma, las expresiones "actividades delictivas" se refieren únicamente al delito de "narcotráfico" y sus conexos, lo que está reforzado con el señalamiento de la autoridad competente para su juzgamiento.
>
> Con este alcance los preceptos del decreto en revisión están ligados al deterioro del orden público que se pretende remediar en evidente conexidad (...)".

Lo que a nosotros nos parece, es que tanto se equivocó el legislador (de excepción), al acriminar esta conducta, en la medida en que no resultó redactada en términos inequívocos, como lo exige el principio de determinación consagrado en el artículo 3o. del Código Penal, ya que, como ha quedado visto, la norma se presta a dudosas y peligrosas interpretaciones, siempre que debió haber precisado que esas actividades delictivas eran las propias del narcotráfico y demás delitos conexos; como se equivocó la Corte al declarar la exequibilidad del tal decreto, habida cuenta que, a la postre, no deja de ser la suya (es decir, la presentada en la sentencia cuyos apartes fundamentales se acaban de transcribir), una posición interpretativa que puede o no ser acogida por los falladores y demás intérpretes de la norma. Lo que debió haber hecho la Corte, desde nuestra perspectiva, era haber declarado la absoluta inexequibilidad de tal disposición, obligando al ejecutivo a redactarla en los términos precisos en que era debido, y no dejar tan delicada situación al amaño de una determinada interpretación.

Lo que en todo caso ha de ser claro, es que el hecho de que deba existir vinculación entre el enriquecimiento ilícito de particulares y las ilícitas actividades del narcotráfico, no significa, tampoco, que deba haberse emitido sentencia condenatoria, en disfavor de un tercero, para que pueda configurarse el tipo penal inicialmente previsto en el artículo 1o. del Decreto Legislativo No.1895 de 1989. Y ello, porque como dijo la Corte Suprema de Justicia, en auto de Junio 14 de 1996, con ponencia del Dr. RICARDO CALVETE RANGEL:

> "El ingrediente normativo que contiene el tipo, según el cual el incremento patrimonial debe ser "derivado de actividades delictivas", entendido según la sentencia de revisión constitucional como de narcotráfico, no puede interpretarse en el sentido de que debe provenir de una persona condenada por ese delito, pues el legislador hizo la distinción refiriéndose únicamente a la "actividad", y dejando en manos del juzgador la valoración sobre si es delictiva o no, independientemente de que por ese comportamiento resulte alguien condenado.
>
> Sería absurdo que se considerara legítimo el incremento patrimonial injustificado de una persona, por haber sido derivada de la actividad del narcotráfico de otra en cuyo favor se declaró la extinción de la acción penal por muerte, o por prescripción, o por el reconocimiento de una causal de inculpabilidad, etc., pues eso implicaría que la norma únicamente se podría aplicar a quien recibiera dinero después de la condena ejecutoriada, alternativa que si el legislador hubiera considerado la habría incluido en el tipo con la redacción correspondiente que era muy sencilla, pero lo que dijo fue una cosa totalmente diferente, lo cual guarda armonía con la razón por la que en el Decreto 1895 se introdujo esta prohibición, en cuya motivación se dijo:
>
> (.....)
>
> Es verdad que en la parte motiva de la sentencia mediante la cual se declaró la exequibilidad del precepto en referencia, se incluyó el comentario de que las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, confundiendo el concepto de "actividad delictiva" con el

de "antecedentes penales", e introduciéndose así en la interpretación de un ingrediente normativo del tipo cuyo alcance y contenido le corresponde precisar al funcionario penal al momento de aplicar la norma.

La Sala sabe perfectamente que hace tránsito a cosa juzgada constitucional la parte resolutiva de las sentencias de exequibilidad o de inexequibilidad de la Corte Constitucional, y aquellas de la motiva que guardan una relación inescindible con la parte resolutiva, o dicho en palabras de esa corporación, "aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella", situación en la cual no se encuentra el comentario que el defensor pretende que se toma como interpretación obligatoria"[548].

---

[548] Que debe existir relación o vinculación entre ese Enriquecimiento Ilícito y las actividades del narcotráfico, lo puso de presente nuevamente la Corte Suprema de Justicia en auto de Diciembre 5 de 1996 (en el que se acogía un auto proferido por esa misma Corporación, dentro de ese mismo proceso penal, con idéntico ponente, fechado el día 22 de Mayo de 1996), con ponencia del Dr. Carlos E. Mejía Escobar en el cual se postuló:

"Surge de lo anterior la naturaleza del enriquecimiento como tipo penal destinado a combatir el narcotráfico, ya no a partir de la confrontación directa de la actividad narcotraficante propiamente dicha, sino desde la óptica de sus consecuencias económicas, tan abrumadoras que se convierten ellas mismas en evidencia de las actividades de sus detentadores. La norma se explica, entre otras cosas, por la necesidad que representa para el Estado contrarrestar poderosas organizaciones criminales cuya división de labores hace altamente dificultoso adelantar investigaciones exitosas en contra de sus cabecillas, y combatir todo supraorden económico de origen ilícitos y sus conexiones, habida consideración de su capacidad para rebasar la realidad social y el desarrollo organizado, por lo que se vuelve imperativa no solo la persecución del fenómeno delictivo sino además de la riqueza que el mismo genera.

También se explica la norma en la necesidad de combatir los desarreglos macroeconómicos que capitales de tanta cuantía, como los que de ordinario manejan los narcotraficantes, producen en las finanzas del país: desajustes que van desde la introducción de moneda extranjera al mercado nacional en grado tal que distorsiona el mercado de divisas, con las naturales consecuencias que ello produce en materia de control del circulante y reducción de la inflación, pasan por la distorsión del mercado inmobiliario a través de la creación de una falsa demanda que impulsa los precios al alza en desmedro de quienes sólo cuentan con su trabajo para adquirir un bien de esa naturaleza y terminan en la presión sobre el mercado de bienes suntuarios e importados, con el grave deterioro que eso lleva para la balanza de pagos y para la industria nacional.

La norma en comento debe ser valorada entonces como una disposición especial de naturaleza pluriofensiva, que se integra al sistema de represión del narcotráfico y que protege distintos bienes jurídicos claramente diferenciados: el de la salud pública, pues relacionado íntimamente con el tipo penal del narcotráfico, sirve al mismo propósito de este; el del orden económico y social, por los desajustes macroeconómicos que produce; y otros más, como por ejemplo la seguridad pública pues el país tiene abundantes y dolorosas pruebas de lo que los dineros del narcotráfico pueden hacer en contra de la seguridad ciudadana a través del patrocinio de actividades sicariales y terroristas.

Analizado el tipo penal del Enriquecimiento Ilícito en la sucinta forma atrás anotada, no cabe duda alguna de su naturaleza especial que lo hace preferente (art. 5o. de la Ley 153 de 1887) frente a

3.1.1.1.3. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ADMISIBILIDAD DE OTRO DELITO, se tiene que mientras el enriquecimiento ilícito de servidores públicos lo excluye, en la medida en que dispone que tal norma es operante "siempre que el hecho no constituya otro delito"; el enriquecimiento ilícito de particulares adopta posición exactamente contraria, como que lo exige, ya que el hecho de que hayan "otras actividades delictivas", que no son otras que las del narcotráfico, son presupuesto básico y fundamental para la aplicación de esta disposición.

3.1.1.1.4. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RESPECTIVO TIPO PENAL, decimos que mientras el enriquecimiento ilícito de servidores públicos es un tipo penal subsidiario, que sólo recibe aplicación cuando no medie otro delito (caso en el cual, lo aplicable sería la reglamentación correspondiente a ese otro delito); el enriquecimiento ilícito de particulares es un tipo penal adicional, pues que, en principio, como ha quedado visto, opera en relación con conductas que, de por sí, encuentren adecuación típica dentro de los moldes del narcotráfico o demás delitos conexos, esto es, que se aplican tanto la norma del artículo 1o. del decreto 1895 de 1989, como la del narcotráfico y delitos conexos, en sumatoria aritmética de las penas imponibles.

3.1.1.1.5. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA SANCIÓN, y como consecuencia lógica de las últimas observaciones consignadas, se tiene que el enriquecimiento ilícito de servidores públicos contempla una sanción que podría ser calificada como autónoma, en la medida en que ella se impone con independencia de cualquiera otra (pues, como ha quedado visto, no es posible asociar este tipo penal con ningún otro); al paso que el enriquecimiento ilícito de particulares se suma aritméticamente con la del otro delito, según lo dispone la misma norma.

Lógicamente, habría de examinarse aquí una situación que, siendo común para ambas figuras delictuales, como es la correspondiente al hecho de que, en atención a su particular redacción, ninguno de ellos concursa con otras figuras delictuales -en los términos y condiciones del artículo 26 del Código Penal, para y con las consecuencias jurídicas allí mismo previstas- ello obedece a razones completamente diversas: En efecto, mientras el enriquecimiento ilícito de servidores públicos ello no es viable ni posible, porque la misma norma lo excluye, ya que en una tal hipótesis, en la cual mediase "otro hecho punible" la norma en últimas aplicable sería la correspondiente a esta última situación; en el enriquecimiento ilícito de particulares ello -esto es, el concurso de tipos penales- tampoco aparece como posible o factible, pero por una razón enteramente diferente: No porque se vea

---

otras normas penales, que aunque puedan subsumir también la conducta del aquí investigado, como lo propone el defensor, se ven desplazados en virtud del concepto de especialidad, pues si bien es cierto que la recepción de dineros de manos de un narcotraficante puede ser aceptado, en gracia de discusión, como adecuado a uno de los verbos rectores de la receptación, la generalidad de esta norma, referida a cualquier forma delictiva, hace necesario descartarla en el proceso de subsunción para preferir aquella que contiene elementos especializantes que la concretan, la autonomizan y la diferencian de la general, para particularizarla como herramienta jurídica relacionada directamente con el origen del incremento patrimonial que se investiga".

excluido, en cuanto a su aplicación, por ese otro tipo penal, sino porque en una tal hipótesis, tal como lo ordena la misma redacción de esta norma, habrían de sumarse aritméticamente las penas imponibles por uno y otro delito.

3.1.1.2. *ELEMENTOS ESTRUCTURALES.*

Vayamos ahora, entonces, a conocer cuáles son los elementos estructurales del enriquecimiento ilícito de particulares, recordando el contenido del respectivo tipo penal:

> "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".

En tal orden de ideas, puede decirse que los elementos estructurales de este tipo penal son los siguientes:

- Obtención de un incremento patrimonial injustificado;

- Nexo causal entre ese incremento patrimonial no justificado y actividades delictivas;

- Conducta ejecutiva observada por una persona, de manera directa o indirecta, para sí o para un tercero.

Conforme a lo expuesto, es claro que no todo incremento patrimonial presentado por parte de un particular, será meritorio de un juicio de adecuación típica dentro de los moldes comportamentales contenidos en el aludido artículo 1o. del Decreto 1895 de 1989, sino lo que lo serán tan sólo aquellos incrementos patrimoniales que aparezcan como injustificados, vale decir, que no aparezcan respaldados de manera alguna, lógica, clara coherente, por parte de su detentador: Dicho de otra manera, trátase de los incrementos patrimoniales que no encuentran sustento ni fundamento en los ingresos ordinarios y legítimos (por no decir que legales) de quien aparece detentando tal incremento patrimonial.

Incremento patrimonial no justificado, en consecuencia, es el aumento en los haberes y activos de una persona, que no se compadecen, que no aparecen como fruto de sus actividades normales, cotidianas, ordinarias. En una palabra, son aquellos aumentos desproporcionados en el haber patrimonial de una persona, en relación con sus actividades e ingresos.

Empero, por mucho que la ley penal trata de sancionar tales incrementos patrimoniales no justificados, lo cierto del caso es que no acontece aquí lo mismo que con los servidores públicos, respecto de los cuales es aplicable la disposición normativa contenida en el artículo 148 del Código Penal, en donde expresamente se excluye la posibilidad de que ese incremento patrimonial injustificado concurra con cualquiera otro delito: A diferencia del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, contenido en el artículo 148 del Código Penal, el enriquecimiento

ilícito de particulares que consagra el artículo 1o. del decreto 1895 de 1989 exige que haya una relación, una vinculación, un nexo causal entre ese enriquecimiento ilícito y alguna actividad delictiva, por vías de lo cual habrá de decirse que, una característica adicional del enriquecimiento ilícito de los particulares, es la de que el incremento patrimonial no sólo debe ser injustificado, sino que debe provenir, en una u otra forma, de actividades delictivas[549].

Lo anteriormente expuesto significa, dicho ello en otras palabras, que a diferencia del enriquecimiento ilícito de servidores públicos, que exige que el incremento patrimonial injustificado no constituya, por sí mismo, otra figura delictual, por vías de lo cual debe decirse que se trata de un tipo penal supletorio (de aplicación en tanto no sean aplicables otros tipos, calificables como principales); en el enriquecimiento ilícito de particulares se parte de un supuesto completa y absolutamente diferente, como que debe partirse de la demostración de la materialización de, cuando menos, una actividad delictiva, de la cual se desprende el incremento patrimonial injustificado, por vías de lo cual puede y debe decirse que se trata de un tipo penal complementario, esto es, que requiere para su aplicación, de la aplicación, cuando menos coetánea, de otros tipos penales.

---

[549] Sobre lo extenso de la vinculación del incremento patrimonial con actividades delictivas (del narcotráfico), cabría recordar aquel publicitado fallo de Febrero 11 de 1997 en que la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Carlos E. Mejía Escobar precisó:

"2. *La confusión que plantean los recurrentes respecto de la aceptación que hace la Sala, por un lado de los servicios profesionales que el senador H., prestó a los hermanos R.O., y por otro la afirmación de la inexistencia de documentos que prueben las asesorías, no existe en la forma como la ven los impugnantes.*

En efecto, ninguna paradoja se advierte en el texto de la providencia calificatoria, pues lo que allí se afirma con claridad meridiana es la inexistencia de documentos, hechos o actuaciones ante las autoridades competentes, o de manera extrajudicial, pero encaminados al cumplimiento de la ley y de sus fines, como para que la Sala pudiera concluir un ejercicio legítimo de la abogacía por parte del Doctor H., en los términos de los arts. 1 y 2 del Decreto 196 de 1971. En contrario, se hallaron múltiples cheques que el sindicado atribuyó a una relación profesional con los hermanos R.O., y él, relación que funda en gestiones sin prueba, en actuaciones sin poder y en presuntas asesorías, de todas las cuales se concluye una gestión profesional, entendida en la acepción gramatical de provenir de una persona con una profesión, pero no avenida con los principios del ejercicio de esa profesión, que, se repite, aunque liberal debe desarrollarse dentro de los límites que el Estado ha señalado, en este caso en el Estatuto del Ejercicio de la Abogacía.

En este mismo orden de ideas, la Sala insiste en su respeto absoluto al derecho fundamental a la defensa que cualquier procesado, delincuente o no, tiene como garantía Constitucional y legal, pero reitera igualmente que la profesión de abogado no supone ni cobija a la delincuencia que desarrolla el eventual cliente; puede amparar al procesado o al delincuente en la actuación procesal que lo enfrente con el Estado, pero no puede asesorar su actividad delincuencial.

En este sentido, la Sala no está convirtiendo en delito, como termina insinuándolo el recurrente H.S., el ejercicio de la profesión. Lo que está haciendo es aplicando una norma específica que sanciona el incremento injustificado del patrimonio de un particular, al comprobar que unos dineros obtenidos por un profesional del derecho, que él atribuye al ejercicio de la abogacía, no corresponden al desempeño que la ley autoriza de esa profesión".

En este orden de ideas, cuando se trate de dar aplicación a la figura delictual que nos ocupa, que no es otra que la del enriquecimiento ilícito de particulares, habrán de demostrarse algunos supuestos objetivos de cara a la estructuración como típica de la conducta de enriquecimiento observada en el mundo fenoménico, por parte de una persona:

- En primer lugar, y conforme a lo hasta aquí expuesto, debe demostrarse cuál era el patrimonio que originalmente poseía la persona que se encuentra acusada bajo esta hipótesis delictual, para, a partir de allí, poder determinar que haya existido un incremento (habida cuenta que sólo se puede demostrar un incremento, en cualquier orden de la existencia humana, si se tiene un punto de referencia: sólo se podrá hablar de incremento patrimonial, si se tiene la referencia de la entidad y magnitud del patrimonio que originalmente tenía la persona acusada);

- En segundo lugar, y una vez demostrado y establecido que hubo un incremento patrimonial, debe establecerse la mediación de un elemento que, si bien es más propio del juicio de disvalor propio de la antijuridicidad, es lo cierto que ha sido consagrado por el legislador como un elemento propio de la tipicidad de la conducta, cual es el de que ese incremento patrimonial resulte injustificado, entendiendo por tal, según lo anteriormente consignado, el hecho de que ese Incremento en el nivel patrimonial de una persona, no se compadezca ni con sus actividades económicamente productivas, ni con el nivel de ingresos ordinarios y corrientes, derivados de las actividades productivas a las que él aparentemente se dedica: En el evento en que se constate un desfase entre las actividades, los ingresos y el patrimonio (sobre la base de un punto de referencia con respecto a este punto, lo que, por fuerza, nos sitúa la exigencia de establecer un marco temporal: esto es, que podamos decir cuál era el patrimonio de una persona en un año, y cuál dos, tres o cuatro años después), y sólo en ese evento, podrá decirse que estamos en presencia de un Incremento patrimonial injustificado;

- Sin embargo, no basta con demostrar que hubo un incremento patrimonial, ni con que se haya establecido que el mismo hubiese sido injustificado, como que es menester demostrar que el mismo se encuentra ligado, vinculado, "en una u otra forma, con actividades delictivas": Presupuesto indispensable para la estructuración como típica de una conducta, dentro de los moldes preceptuados en el artículo 1o. del decreto 1895 de 1989, es la de que se demuestre y establezca, sin lugar a equívocos, que el incremento patrimonial injustificado del cual se trata, guarda relación y causalidad, con la materialización de actividades delictivas, por vías de lo cual se concluye que antes de formular tal juicio de adecuación típica, lo que ha de demostrarse es que se han materializado, previamente y por parte del mismo procesado, algunas conductas delictivas de las cuales, precisamente, derivó el incremento patrimonial del cual se le acusa[550].

---

[550] Sobre esta temática la Corte Constitucional, en la misma sentencia C-319 de Junio 18 de 1996, con ponencia del Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, y que ha sido aquí invocada en varias oportunidades, expresó:

"Esta corporación mediante la sentencia C-127 de 1993, al declarar exequible el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, había avalado la constitucionalidad de la penalización del Enriquecimiento Ilícito de Particulares al sostener que, "es conforme con la Constitución el artículo transcrito por disposición de los artículos 34 (extinción del dominio de los bienes adquiridos mediante Enriquecimiento Ilícito), 58 (función social de la propiedad) y 83 de la Carta Política (principio de la buena fe)".

El Enriquecimiento Ilícito de Particulares guarda relación directa con los principios que dieron origen a la tipificación de la conducta punible de los servidores públicos. Sin embargo, presenta algunas diferencias estructurales: En primer lugar, se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado, es decir, el delito puede ser cometido por cualquier persona sin características especiales; en segundo lugar, y como consecuencia de la calidad del sujeto, el tipo penal condiciona la punibilidad del enriquecimiento no sólo a que éste sea injustificado, sino que además provenga de "actividades delictivas"; en tercer lugar, se trata de un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico (...).

En el segundo caso, y en relación con la expresión "no justificado", debe recordarse lo dicho en el punto anterior en cuanto a que su operancia no conduce en manera alguna a una inversión de la carga de la prueba, pues es el Estado a quien corresponde en última instancia probar el hecho típico, antijurídico y culpable, de conformidad con los medios de prueba existentes y los elementos de juicio aportados al proceso. Se reitera que la explicación que brinde el imputado en relación con el presunto incremento patrimonial injustificado corresponde a un acto propio del ejercicio del derecho de defensa, como quiera que en las instancias procesales debe permitírsele al sindicado explicar su conducta.

No debe olvidarse que el enriquecimiento se establece por la comparación del patrimonio del presunto ilícito en dos momentos distintos. Demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el Estado puede hacer exigible en todo momento a cualquier persona natural o jurídica: es una consecuencia del principio constitucional de que toda persona debe vivir sometida a la Constitución y a la ley (C.P., arts. 4o. 6o. y 95). En el caso de los particulares, cabe recordar que estos deben demostrar al Estado anualmente sus ingresos y la procedencia de los mismos mediante la declaración de renta, no sólo para que el Estado, de conformidad con leyes preestablecidas, grave en alguna medida su patrimonio, sino además para ejercer control sobre su licitud. Un desproporcionado e injustificado incremento es precisamente lo que da lugar al ejercicio de la acción penal por Enriquecimiento Ilícito, debiendo el Estado establecer plenamente la responsabilidad del imputado o su inocencia. Al pasar al terreno penal, no puede sostenerse que abruptamente cese todo asomo de colaboración de la persona a la que se pide explicaciones sobre sus movimientos patrimoniales (C.P., art. 95, nums. 7o. y 9o.). El derecho a la no autoincriminación ciertamente autoriza al sindicado o procesado a asumir ciertos comportamientos procesales, pero su silencio o sus aserciones carentes de sustento, pueden objetivamente demeritar su posición si en su contra se reúnen suficientes elementos probatorios allegados por el Estado y no refutados. Por lo demás, el proceso penal implica necesariamente una valoración de conducta: la etapa de investigación no supone calificación: sólo habiendo pruebas suficientes se llama a juicio.

Respecto de la expresión "actividades delictivas", es importante anotar que ésta corresponde a un ingrediente especial del tipo de orden normativo. Los ingredientes normativos no son propiamente elementos del tipo sino corresponden a expresiones que pueden predicarse de cualquiera de ellos y buscan cualificar a los sujetos activo o pasivo o al objeto material, o pretende precisar el alcance y contenido de la propia conducta o de una circunstancia derivada de la misma, correspondiéndole al juez penal en todo caso, examinar su ocurrencia: es decir, valorar la conducta como delictiva.

Pero además, el ingrediente normativo que contiene el Enriquecimiento Ilícito de Particulares, según el cual el incremento patrimonial debe ser "derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas", en manera alguna debe interpretarse en el sentido de que deba provenir de un sujeto condenado

Finalmente, se dice que el último de los elementos estructurales del enriquecimiento ilícito de particulares se encuentra representado por el hecho de que la conducta ejecutiva, debe ser observada por una persona, de manera directa o indirecta, bien sea para sí o para un tercero: Efectivamente, bien puede una persona obtener un incremento patrimonial para sí, y hacerlo de manera directa (cuando pone a su nombre, por ejemplo, los bienes muebles o inmuebles en los que se patentiza y conjuga tal incremento patrimonial), o bien, hacerlo de manera indirecta (como cuando los bienes que se obtienen del desarrollo de actividades ilícitas, no

---

previamente por el delito de narcotráfico o cualquiera otro delito. No fue eso lo pretendido por el Legislador: si ello hubiese sido así, lo hubiera estipulado expresamente. Lo que pretendió el legislador fue respetar el ámbito de competencia del juez, para que fuera él quien estableciera, de conformidad con los medios de prueba y frente a cada caso concreto, la ilicitud de la actividad y el grado de compromiso con la ley del sujeto activo del delito (...)

Por otra parte, no puede confundirse el concepto de "actividad delictiva" con el de "antecedentes penales" de que trata el artículo 248 de la Carta Política: el primero no sólo es un ingrediente normativo del tipo cuyo alcance y contenido le corresponde precisar al funcionario penal en el momento de aplicar la norma, sino que además, se refiere a la actividad en sí misma, como comportamiento típico y antijurídico, y no se extiende al sujeto. El concepto de "antecedentes penales", se predica de la persona en sí misma y, de conformidad con el artículo 248 de la Constitución Política, únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen esa calidad de antecedentes.

El artículo 248, por otra parte, no tiene que ver directamente con el debido proceso, sino con los derechos fundamentales al honor, al buen nombre o al habeas data, pues, se repite, la norma constitucional se refiere únicamente a "antecedentes".

Por lo demás, respecto de la supuesta violación de la presunción de inocencia, lejos se encuentra la expresión "incremento patrimonial no justificado" de violar dicha presunción. Se reitera que las normas se limitan a formular sendos tipos penales. De ninguna manera, se ordena hacer caso omiso de las normas legales de la parte general del Código Penal, ni menos aún de las que integran el Código de Procedimiento Penal. La función de investigación y juzgamiento, respecto de estos delitos, sujetas a todas las garantías, no sufren alteración alguna. La inclusión de una nueva figura delictiva, no obliga al legislador a prever simultáneamente el modo específico de cómo ha de adelantarse su investigación y juzgamiento, pues siempre se presupone que es el que de manera general se tiene previsto (...).

Por todas las anteriores razones, la Corte se ve precisada a reconsiderar el planteamiento hecho en la parte motiva de la sentencia C-127 de 1993, en el sentido de que "la expresión "de una u otra forma", debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales". Debe aclararse que no se trata en este caso de cambio de jurisprudencia, por cuanto, por una parte, la decisión adoptada en esa providencia fue de exequibilidad de las normas acusadas, es decir, del delito de Enriquecimiento Ilícito tal como estaba concebido en ellas y, por otra parte, el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, que fue declarada exequible por esta Corte, establece, respecto de las sentencias de la Corte Constitucional proferidas en cumplimiento del control constitucional que "sólo serán de obligatorio cumplimiento con efecto erga omnes en su parte resolutiva", y que "la parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general".

se sitúan en cabeza de quien tales actos despliega, sino de terceras personas: Es él quien se ha enriquecido de manera ilícita, pero poniendo los bienes a nombre de terceros). Y del otro lado, bien puede suceder que ese enriquecimiento ilícito no se ha hecho para sí, sino que ha sido efectuado para un tercero, como cuando lo que se obtiene como corolario de las actividades ilícitas desplegadas, no es para quien las realiza, sino para un tercero por completo ajeno a la patentización de las mismas.

3.1.2. *EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DERIVADO DEL SECUESTRO.*

Dispone el artículo 6o. de la Ley 40 de 1993, popularmente conocido como Estatuto Anti-secuestro:

> "El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, y siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y en multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 34 de la Constitución".

De esta guisa, si recordamos que por virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 34 de la Carta Fundamental, se autoriza que "por sentencia judicial se declarará el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social", podemos deducir los alcances de esta disposición:

- En primer término, se está sancionando, como en el caso del inciso primero del artículo 148 del Código Penal, tanto como en el del artículo 1o. del decreto 1895 de 1989, a las personas que obtengan incremento patrimonial injustificado: La particularidad de esta norma estaría en que contempla un tipo penal de sujeto activo indiferenciado, por vías de lo cual se trata de una conducta que puede ser materializada tanto por un servidor público, como de un particular;

- En segundo lugar, y según se infiere ello del objeto jurídico tutelado por esta norma, tanto como del bien jurídico tutelado en la ley 40 de 1993, en general, se trata de un incremento patrimonial injustificado, que guarda alguna relación con el delito de secuestro, pues que de lo contrario, o podríamos desviarnos al enriquecimiento ilícito de servidores públicos, o podríamos desviarnos a un enriquecimiento ilícito de particulares (siempre que, en uno y otro caso, se reunieran los requisitos típicos para el efecto), o, en última instancia, a una conducta potencialmente atípica;

- En tercera instancia, se tiene como supuesto de aplicación de la norma, el hecho de que ella no concurra con otro delito (al igual que lo hacía el enriquecimiento ilícito de servidores públicos), de donde habremos de colegir dos cosas: De una parte, que no puede aplicarse esta figura delictual, en ningún caso, a ninguno de los partícipes del secuestro, ni como coautores, ni como cómplices y ni siquiera

como encubridores, puesto que ellos, respectivamente y en caso, habrían incurrido ya en otro delito, sancionable autónomamente, y con exclusión del tipo penal que se está comentando; y de la otra, que esta norma sólo le podría ser aplicada a aquella persona que, sin haber tomado parte alguna en la comisión del secuestro, sí ha obtenido algún beneficio patrimonial indirecto como consecuencia del mismo, cual sería el caso del negociador de tal secuestro, figura de capital importancia dentro de la tramitación de un secuestro y que, potencialmente, a cambio de sus servicios puede llegar a recibir alguna retribución o remuneración de parte de la familia del secuestrado.

- Finalmente, lo que constituye un craso error legislativo en nuestro sentir, se tiene que la pena imponible "por ese sólo hecho" es de prisión de cinco (5) a diez (10) años. Y decimos que ello comporta un craso error legislativo, por la sencilla razón de que el mismo artículo en comento partió del supuesto de que el hecho no puede constituir otro delito: Si el hecho no puede configurar otro delito, para qué establecer que "por ese sólo hecho" corresponde una determinada pena, dando a entender, como en casos anteriormente revisados, que lo procedente es la acumulación o suma aritmética de las penas imponibles, cuando la misma norma excluyó tal posibilidad?

3.2. LA SITUACIÓN DEL TESTAFERRO.

Ya dijimos que, como premisa general, el testaferrato no es delito en Colombia, en cuanto simplemente conducta a la titularización de bienes en cabeza de una persona, que no es realmente su titular. Empero, tal testaferrato sí resulta punible, como quedó ello visto en páginas precedentes, en la hipótesis consagrada en el inciso segundo del artículo 148 del Código Penal, a saber, cuando la actuación de ese tercero se presente como accesoria a la de un servidor público que ha obtenido un incremento patrimonial injustificado, en los términos y condiciones del inciso primero del artículo 148 del Código Penal, a sabiendas de la ilicitud (dolo) de su propio actuar.

Pero qué sucede cuándo ese testaferrato no opera dentro de los moldes del artículo 148 del Código Penal, vale decir, cuando no hay conexión ninguna entre la actuación de ese tercero, y un enriquecimiento ilícito de un servidor público?

La respuesta a esa inquietud puede ser hallada en dos frentes: De una parte, en el tipo penal del testaferrato previsto en el artículo 6o. del decreto 1856 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 7o. del decreto 2266 de 1991, según el cual,

> "Quien preste su nombre para adquirir bienes con dinero provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en pena de prisión de cinco a diez años y multa de dos mil (2000) a cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes".

y de la otra, en el evento de que no exista siquiera acuerdo previo entre quien obtuvo el incremento patrimonial injustificado y ese tercero, respecto de la tarea de ocultación o disimulación de los bienes por parte de este último, podría acontecer que ese tercero incurriese en encubrimiento por receptación, en los términos y condiciones del artículo 177 del Código Penal, modificado por el artículo 7o. de la ley 365 de 1997, según el cual:

> "El que sin haber tomado parte en la ejecución de un delito adquiera, posea, convierta o transmita bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, siempre que el hecho no constituya delito de mayor gravedad.
> Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales, la pena privativa de la libertad se aumentará de una tercera parte a la mitad".

Lógicamente, esa conducta de mayor gravedad a la que hace referencia la disposición recientemente transcrita, podría serlo la del lavado de activos que contempla actualmente el artículo 247A del Código Penal, con las adiciones al mismo introducidas por el artículo 9o. de la precitada ley 365 de 1997, en los siguientes términos:

> "ART. 247 A. LAVADO DE ACTIVOS. - El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bien que tenga su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, Enriquecimiento Ilícito, secuestro extorsivo, rebelión o relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por ese solo hecho, en pena de prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.
> La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes que conforme al parágrafo del artículo 340 del Código de Procedimiento Penal, hayan sido declaradas de origen ilícito".

Por su elevado nivel ilustrativo, y porque en ella se diferencia claramente entre el testaferrato y la receptación, nos parece oportuno rememorar -in extenso- el contenido del auto de Noviembre 12 de 1998, en que la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla, desatando una colisión de competencias, explicó:

> "1o. El tipo penal denominado "testaferrato" remonta su establecimiento al art. 6o del Decreto 1856 de 1989 (adoptado como legisla-

ción permanente por el 7o del Decreto Extraordinario 2266 de 1991), conjunto normativo aquél fundado en los siguientes considerandos, entre otros:

a. Que el estado de excepción fue declarado por "la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, que vienen perturbando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones, en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas de inseguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad pública y en la economía nacional".

b. Que "para reprimir el narcotráfico se hace necesario tomar medidas para disponer, en beneficio del Estado colombiano, el comiso de los bienes y efectos de toda clase vinculados directa o indirectamente a la ejecución de los delitos de narcotráfico y conexos o que provengan de ellos".

c. Que en la medida en que "la propiedad y los demás derechos sean adquiridos con el producto de actividades ilícitas, como el narcotráfico, no se puede extender a ellos" las garantías constitucionales.

Así surgió el tipo penal instituido en el citado art. 6o del Decreto 1856 de 1989, que describe la conducta de quien presta su nombre para ocultar bienes producto del narcotráfico:

"Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de cinco a diez años y multa de dos mil (2.000) a cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes".

Incurre en esta infracción quien bajo su nombre oculta el real dominio sobre bienes adquiridos con recursos provenientes de actividades penalmente previstas en el Estatuto Nacional de Estupefacientes y conexas, conociendo el origen de tales caudales, para de esta forma soterrar el verdadero titular de aquellos. Se trata, como lo dijera esta Corporación en auto de 9 de noviembre de 1990 (Rad. 5597, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas), de una infracción de conducta permanente, "porque el delito se perfecciona, como ya se dijo, en el momento en que por medio de contrato, escritura o cualquier otro medio legal, un bien pasa a figurar como propiedad de quien realmente no lo es, pues se trata simplemente de una persona que presta su nombre para que figuren en su cabeza bienes que en realidad pertenecen a terceras personas. Y este delito continúa perfeccionándose mientras subsista su condición de testaferro, pues que el bien jurídico protegido por la norma continúa vulnerándose mientras dura la ilícita simulación.

En principio se observa que el bien jurídico tutelado es la administración de justicia, en la medida que se trata de una forma autónoma de encubrimiento, toda vez que el propósito perseguido por el narcotraficante al utilizar testaferros para que a nombre de estos figuren bienes de su propiedad, disimulando la magnitud y el origen de su patrimonio y de esa manera engañar a las autoridades sobre sus ilícitas actividades y el lucro obtenido de ellas. Además, la infracción que se viene comentando se fundamenta en la necesidad de proteger otros bienes jurí-

dicos, como la seguridad pública, en tanto la acumulación de fortunas por actividades vinculadas al narcotráfico resquebraja los cimientos de la sociedad, colocando inmensas cantidades de dinero en manos que no han propiciado el terrorismo, el sicariato y otros comportamientos lesivos del orden público y de la indemnidad ciudadana.

La autónoma criminalización de esta grave manifestación del "testaferrato" pretende así mismo combatir los desbarajustes de la economía nacional, generados por la introducción descontrolada y masiva de moneda extranjera, con la consecuente distorsión en los niveles de adquisición de divisas, el régimen cambiario y las políticas antiinflacionarias, con negativos efectos en el mercado de bienes y servicios y el deterioro de las iniciativas empresariales lícitas pero menos rentables. También coadyuva a la afectación contra la salud pública, pues referido con el tipo penal de narcotráfico, sirve a los propósitos de este; y al grave deterioro de la moral social (arts. 34, Const. y 2o, num. 3o, Ley 333/96), entre otras razones por la opulencia de capitales adquiridos en forma fácil, producto de actividades ilícitas que desalientan el trabajo honrado y la libre empresa como función social sana base del desarrollo, al igual que la propiedad y demás derechos adquiridos con justo título.

El tipo penal que se comenta debe entonces valorarse como una disposición autónoma de naturaleza pluriofensiva, que se integra al sistema de represión del narcotráfico y que, como se ha observado, protege distintos bienes jurídicos perfectamente diferenciados en la forma indicada: la administración de justicia, la salud, la seguridad pública, la moral social, el orden económico, etc.

[...]

Prestar el nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del narcotráfico o de infracciones conexas con este, mientras el verdadero titular de aquellos permanece en la clandestinidad, evitando de esa manera la legítima persecución por la justicia, podría tenerse, en gracia de discusión, como comportamiento adecuado a uno de los verbos rectores de la receptación, pero la generalidad de este tipo penal, referido residualmente al encubrimiento sobre bienes de procedencia ilícita que la ley no sancione autónomamente, hace imprescindible descartarlo en el proceso de subsunción, para preferir aquel que, como quedó visto, contiene elementos que lo concretan, especializan y diferencian, mostrando una particular herramienta jurídica relacionada con el verdadero titular y origen de los caudales de la persona que pretende ser favorecida, entre otros medios, gracias a la falaz interposición del testaferro".

SUBSECCIÓN SÉPTIMA
PREVARICATO

Etimológicamente, tal como lo recuerda el maestro CARRARA[551], la palabra prevaricato deriva del verbo "prevaricare", que significa "desviarse de la línea recta", esto es, desviarse del recto camino. Por ello, podemos nosotros distinguir los tres sentidos o acepciones bajo los cuales puede ser entendido o tomado tal vocablo, separándonos, en alguna medida, de los criterios del maestro de Pisa:

- En primer término, el vocablo prevaricato puede ser tomado en sentido lato y vulgar, para significar cualquier aberración intelectual o moral del hombre, como cuando se dice que alguien es enviado al manicomio, porque ha prevaricado de mente;

- En segundo lugar, la expresión prevaricato puede ser tomada en un sentido jurídico amplio, tal como lo postulaba el antiguo derecho romano, para designar la conducta de quien, habiendo asumido una causa, favorecía a la parte contraria, cual era el caso del "advocatus" que pactaba fraudulentamente con la parte contraria[552];

- Finalmente, y ya en tercera instancia, la palabra prevaricato se emplea también en un sentido jurídico estricto, como lo hace actualmente nuestra legislación

---

[551] Si bien en un primer momento Carrara enseña que *"la palabra prevaricato, derivada del verbo praevaricari (desviarse del camino recto)"*, no es menos cierto que a renglón seguido le dispensa a tal vocablo unas connotaciones bastante alejadas de lo que aquí habrá de exponerse en las páginas subsiguientes, como que, según él, dicha expresión

"...se emplea en tres significados distintos. A veces tiene un sentido lato y vulgar, y expresa cualquier aberración intelectual o moral del hombre: así Salomón prevaricó a causa de las mujeres, y así alguno es enviado al manicomio porque prevaricó con la mente. En sentido jurídico tiene a veces un significado más amplio, y designa todo acto de un empleado público en que se aparte de los deberes de su cargo o use de este para un fin ilícito. Pero en sentido estricto y propio en que la doctrina y la jurisprudencia toman la palabra prevaricación o prevaricato, y que es el que se emplea en el presente título, expresa únicamente los abusos cometidos por los apoderados de los litigantes contra estos y contra la confianza que se les otorga.

Por lo tanto, incurre en el delito que vamos a explicar, todo el que, al ejercer la profesión de defensor o apoderado de una de las partes, se pone de acuerdo con el adversario, con miras de lucro y en perjuicio de su propio cliente. El análisis de esta definición nos facilita el camino para exponer los caracteres esenciales del delito".

Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal...* Págs. 140-141.

[552] Tal como lo explica Nelson Hungría, citado por Bernal Pinzón: Op. Cit. Pág. 151

penal sustantiva, para designar cualquier acto de un funcionario público con el cual éste se aparta de sus deberes públicos, o lo usa con un fin ilícito.

Cotejando lo expuesto con el Código Penal actualmente vigente, podemos decir que mientras la acepción jurídica amplia del término prevaricato, alude a la infidelidad a los deberes profesionales que describe y sanciona el artículo 175 del Código Penal; la acepción jurídica estricta encuentra acogimiento legislativo en los artículos 149 a 151 del mismo Código Penal -con las modificaciones introducidas por la ley 190 de 1995-, los mismos que reglamentan tres formas de prevaricato en nuestro medio, a saber: El prevaricato por acción, el prevaricato por omisión y el prevaricato por asesoramiento ilegal[553].

---

[553] Esas variantes del Prevaricato son por Valencia caracterizadas, en cuanto tipos penales, de la siguiente manera:

"a) Son tipos básicos por no depender de otros;
b) Son tipos especiales o de propia mano por exigir calidades específicas delimitadoras en la integración del autor material;
c) Son tipos de lesión por causar un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente relevantes para el legislador;
d) Son tipos instantáneos pues se perfeccionan en un solo momento;
e) Son tipos unisubjetivos por bastar, para colmar el modelo, la actuación de un solo sujeto;
f) Son tipos cerrados, pues el legislador delimita la formulación típica mediante cláusulas normativas y descriptivas de concreto contenido conceptual;
g) Son tipos completos, pues contienen precepto y sanción;
h) Las hipótesis de los arts. 149 y 151, constituyen tipos de acción por agotarse la conducta mediante un comportamiento positivo. El restante supuesto (art. 150) integra un tipo doloso de omisión, pues el autor decide no actuar y por tal inacción se produce el resultado dañoso".

Valencia, Jorge Enrique. "La Prevaricación Judicial" en *Estudios Penales: Homenaje Al Profesor Luis Carlos Pérez*. Editorial Temis. Bogotá. 1984. Pág. 209.

CAPÍTULO PRIMERO

PREVARICATO POR ACCIÓN

El prevaricato por acción se encuentra reglamentado en el artículo 149 del Código Penal, el mismo que, con las modificaciones introducidas por el artículo 28 de la ley 190 de 1995, observa ahora el siguiente contenido normativo:

> "El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario 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".

Es claro, entonces, que la imagen rectora de este tipo penal se encuentra constituida por tres elementos fundamentales: primero, un sujeto activo calificado, que no es otro que el servidor público; segundo, que ese servidor profiera resolución o dictamen; y tercero, que esa resolución o dictamen así proferidos por parte de ese servidor público, sea manifiestamente contrario a la ley. Debe subrayarse, sí, que del hecho de que se practique tal disección de la figura en sus componentes estructurales, no puede seguirse el desconocimiento u olvido de que se trata de elementos en interacción dinámica, en la medida en que -como habrá de puntualizarse más adelante- de lo que se trata aquí es de establecer la conjunción de elementos objetivos y subjetivos de cara a la configuración típica de la conducta[554].

Contando, entonces, con tal fundamentación, vayamos a revisar lo correspondiente a los elementos genéricos del tipo, para así obtener una clara comprensión de esta figura:

---

[554] Por ello, con sobrada razón, **Pabón Parra** anota que:

"Uno de los aspectos fundamentales en el estudio de los delitos que, como el prevaricato, envuelven conceptos de falsedad objetiva y subjetiva, discordancia entre lo conocido como lícito y lo plasmado en un determinado acto de autoridad, gira en torno al elemento subjetivo del reato, que se adiciona con complementos estructurales del tipo tales como la manifiesta ilegalidad del acto, de claro y estricto carácter material y objetivo".

Pabón Parra, Pedro Alfonso. "El delito de prevaricato: Elementos estructurales y culpabilidad" en *Revista de Derecho Penal*. No. 3. Oct-Nov de 1997. Editorial Leyer. Santa Fe de Bogotá. Pág. 31.

1. LOS SUJETOS.

1.1. SUJETO ACTIVO.

Sujeto activo de esta infracción a la ley penal, como ha quedado dicho, es (tiene que ser) el servidor público, concepto ese suficientemente conocido para esta altura de la exposición, lo que nos exime de formular comentarios u observaciones adicionales.

A pesar de ello, esto es, de que el de servidor público es un concepto por nosotros suficientemente explicado y analizado ya en acápites precedentes dentro de este trabajo, creemos conveniente anotar que si quien profiere la resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, es una persona que ni siquiera ostenta la condición de tal, a saber, de funcionario de derecho o, tan siquiera, de hecho, tendremos que decir que esa persona, más que en el prevaricato, en lo que estará incurriendo será en una usurpación de funciones públicas en los términos prevenidos en el artículo 161 del Código Penal. Y, por otra parte, si quien emite tal acto manifiestamente contrario a la ley, sí ostenta la calidad de servidor público, pero no resulta ser el competente para ello, es decir, no es la persona legalmente habilitada o facultada para tales efectos, podrá incurrir, más que en el delito de prevaricato, en el mismo delito de usurpación de funciones públicas que define y sanciona el artículo 161 del Código Penal, o, en su caso, en el abuso de la función pública de que trata el artículo 162 ejusdem.

Con lo anteriormente expuesto, en consecuencia, queda establecido entonces que, a nuestro modo de ver, sólo puede incurrir en el delito de prevaricato el funcionario que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, siempre y cuando ese funcionario sea el verdadera y realmente competente para proferir tal acto[555], ya que, para nosotros, el tipo penal contenido en el artículo 149 (al igual que lo hará el artículo 150 del C.P., según se verá ello más adelante), apunta más a proteger el ejercicio de las funciones, que el cargo en sí mismo considerado.

---

[555] En proveído de Abril 23 de 1985, con ponencia del Dr. Dante Luis Fiorillo Porras, dijo la Corte:

"Los delitos de prevaricato por acción o por omisión y el abuso de autoridad son, por definición, infracciones que sólo pueden cometerse por empleados oficiales en relación con el ejercicio de las funciones propias del respectivo cargo, ya porque ejecuten actos contrarios a los que deben realizar de acuerdo con la ley, bien porque omitan, rehusen o retarden los que esta les impone, ora, finalmente, porque procedan arbitraria o injustamente con ocasión de tales funciones o excediéndose en su ejercicio.

Resulta entonces ostensiblemente equivocado acusar a un funcionario por la omisión o la realización de actos que éste no tenía el deber de ejecutar o que no ejecutó por ser el acto, precisamente, de aquellos que estaban expresa y taxativamente atribuidos a otros empleados oficiales".

De otro lado, aunque ciertamente, como dice VALENCIA[556], el prevaricato "es el delito típico de los jueces", no es menos cierto que es este un delito que puede ser cometido por cualquier servidor público que tenga señalada, dentro de sus funciones, la potestad de emitir resoluciones o dictámenes, tal como se corrobora ello con la ubicación que de este tipo penal ha efectuado el legislador, que lo ha encuadrado dentro del título correspondiente a los delitos contra la administración pública, y no dentro de los delitos contra la administración de justicia, como hubiera debido suceder, si los únicos sujetos activos potenciales del mismo fuesen los administradores de Justicia[557].

No puede discutirse, eso sí, que el hecho de que un tal proceder prevaricador sea patentizado por un juez, revestirá un particular sentido de gravedad habida cuenta la mayor intensidad del grado de injusto, como bien lo dijo la Corte en sentencia de Octubre 24 de 1991 con ponencia del Dr. RICARDO CALVETE RANGEL:

---

[556] Valencia, Jorge Enrique. "La Prevaricación Judicial" en *Estudios Penales: Homenaje al Profesor Luis Carlos Pérez*. Editorial Temis, Bogotá, 1984. Pág. 211.

[557] Tanto es ello así, vale decir, que no son los jueces los únicos servidores públicos que pueden llegar a incurrir en la patentización de esta figura delictual, que, precisamente, la Corte Suprema de Justicia, en auto de Febrero 17 de 1981, llegó a considerar, por ejemplo, que se trataba de una conducta punible que debía agravarse en tanto fuera observada por los jueces:

"Si bien todos los delitos contra la Administración Pública tienen como característica común la de constituir la violación de deberes impuestos por el Estado a determinadas personas llamados funcionarios públicos o empleados oficiales, no todos esos ilícitos muestran, en la práctica, igual gravedad ya que unos la tienen mayor que otros.

En efecto, no sólo existen deberes más ponderosos y funciones más delicadas, en unos empleados oficiales que en otros, en forma que algunos han sido revestidos de mayor dignidad que otros, o de más autoridad, o tienen más dilatada y profunda influencia en las relaciones oficiales, sino que, aun considerando empleados de la misma categoría pueden presentarse casos en que los intereses comprometidos en la función sean de mayor importancia que en otras circunstancias o que los encargados al manejo de otros empleados.

Tal es lo que sucede con los atinentes a la justicia. Es esta, sin duda alguna, uno de los pilares de la vida social sobre todo en las épocas de crisis cuando se está perdiendo la fe en los valores seculares.

Entonces, el juez debe mostrarse como el inconmovible guardián de los mismos, digno, por ello, de la confianza de todos.

"En el implacable viento de escepticismo que arremete contra todo el orden jurídico y que derrumba junto con las instituciones, los principios en que se apoya la vida social, dice un autor, ¿qué otra cosa es el juez sino el guardián de esos principios a punto de extinguirse y de perder su fuerza para conmover los corazones?". (Franco Antonio Cusimano, Il Problema della Giustizia del Raporto Procesuale).

Esto hace que a quienes violan de modo tan grave esos deberes haya que sancionarlos con mayor rigor que a los que, en otros cargos de la administración pública (entendida en sentido lato), pero que no están en esas posiciones claves, faltan a los deberes propios de sus cargos".

"La Corte comparte el criterio del juzgador de primera instancia, así como del Procurador Delegado, en el sentido de que conforme a la gravedad de la imputación y a las circunstancias de comisión, deviene lógicamente la negativa a conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional (art. 68 del C.P.), teniendo en cuenta que en casos como el investigado, el atentado contra la Administración Pública y de Justicia es evidente. No se trata como lo sugiere la defensa de "refundir" las consecuencias del delito de narcotráfico con las del prevaricato sino como bien lo señala el Colaborador Fiscal, resulta ostensible que la gravedad que revista el delito en comento en el grupo social, unido al sentido que tiene el que un Juez de la República, cuyo deber está en orden a la represión de hechos tan graves como el definido atrás, implican su negación. El juez tiene un grado más alto de responsabilidades que le son propias, y por ello un delito suyo en el momento de decidir, es un hecho tan grave que conlleva la necesidad de un tratamiento penitenciario que restablezca en parte la confianza destruida por el acto prevaricador de que se trata".

1.2. SUJETO PASIVO.

Sujeto pasivo de la infracción en examen, esto es, titular del bien jurídico afectado con el comportamiento observado por parte del sujeto activo, es la misma administración pública, vale decir, el Estado. Ello excluye la posibilidad, en nuestro sentir, de que la persona que, como particular o, aún, como servidor público, recibe o asume los efectos potencialmente adversos que puede llegar a producir el acto contrario a la ley así proferido por parte del servidor público que prevarica, ostente la condición de sujeto pasivo, como que solamente será perjudicado.

Dicho de otra manera, cuando un servidor público profiere una resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, es claro que con su actuar está causando, cuando menos, dos efectos: De una parte, está afectando el buen nombre de la Administración Pública, al haber materializado un acto contrario a la rectitud y probidad que debe (y tiene) que caracterizar el ejercicio de la función pública, a tiempo que está afectando la buena marcha de la propia Administración, como que con el proferimiento de ese tipo de actos, no hace más que entrabar el ejercicio de la función pública, al hacerla desviarse hacia terrenos indebidos, complicando indebidamente sus relaciones con los particulares; y es por ello, entonces, que la misma Administración Pública aparece como sujeto pasivo y como perjudicado con la patentización de tal conducta: Lo primero, porque es ella el titular del bien jurídico tutelado (como se demuestra con el sólo encuadramiento de esta conducta típica, dentro del título del Código Penal correspondiente a los delitos contra la administración pública); y lo segundo, porque graves y grandes pueden ser los perjuicios que tanto de manera directa (al afectarse su buen nombre y su buena marcha) como de manera indirecta (en la medida en que al haberse proferido ese acto contrario a la ley por parte del servidor público, ella puede llegar a ser demandada por el particular, debiendo ella, la Administración Pública, responder

por los perjuicios a este último eventualmente ocasionados con motivo del proferimiento de tal acto prevaricador), que a la misma Administración Pública pueden llegar a ocasionarse. Empero, es ese criterio el que nos sirve de fundamento para decir y sostener que si bien el particular que eventualmente puede llegar a verse afectado, desde el punto de vista patrimonial (tanto por daño emergente como por lucro cesante y, aún, desde el punto de vista moral), con el proferimiento de tal acto contrario a la ley, con lo cual puede él llegar a ostentar la calidad de perjudicado con la comisión de esa específica infracción a la ley penal (pudiendo, entonces, llegar a constituirse en parte civil dentro del respectivo proceso penal), es lo cierto que no observa la calidad de sujeto pasivo de la infracción, como que no es él el titular del bien jurídico afectado o puesto en peligro con el actuar del agente delictual.

En síntesis, es este un tipo penal pluriofensivo o, como dice VALENCIA[558], pluridimensional, como que pueden ser varios los perjudicados con su materialización, lo que no significa que el particular sea sujeto pasivo del mismo, como que prima aquí el interés jurídico de la Administración (referido a su buen nombre y a su buena marcha, que se vé afectada cuando se pone en entredicho su honestidad, probidad y rectitud), sobre el interés jurídico que pudiese presentar el particular eventualmente afectado con tal conducta delictual, cuyos derechos o prerrogativas no se desconocen, en la medida en que se admite la conjugación de la calidad de perjudicado, con respecto suyo, lo cual le permitirá perseguir la correspondiente indemnización de perjuicios, dentro del respectivo proceso penal adelantado en contra del servidor público que tal acto contrario a la ley profirió[559]. Por ello, VALENCIA anota que la Administración de Justicia y el patrimonio del particular lesionado, son los dos valores protegidos por la ley, que se afectan con la observancia de este comportamiento delictual; con todo, anota el mismo profesor siguiendo en ello a EUSEBIO GÓMEZ, "es el daño que experimenta la administración el que prevalece para establecer la objetividad jurídica del hecho".

Siendo claro, pues, que el particular no conjuga tanto la calidad de sujeto pasivo de esta infracción, cuanto la de perjudicado con la misma, cabría establecer que

---

[558] Valencia, Jorge Enrique. "La Prevaricación Judicial" en *Estudios Penales: Homenaje al Profesor Luis Carlos Pérez*. Editorial Temis. Bogotá, 1984. Pág. 211.

[559] Cabría resaltar que, compartiendo este criterio, la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr. Alfonso Reyes Echandía, en proveído de Mayo 15 de 1985 reconoció que:

"El delito de prevaricato por el cual se procede afecta, en principio, un interés jurídico cuyo titular es el Estado, a saber: la administración pública. Mas nada impide que la conducta del sujeto activo de ese hecho punible haya también lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos particulares, hipótesis en la cual el Prevaricato asume entonces las características de delito pluriofensivo.

El artículo 125 del C. de P.P. no limita la posibilidad de constituirse en parte civil al titular del más importante de los intereses jurídicos afectados con el delito, sino que la extiende a todas las personas naturales o jurídicas, e incluso sus sucesores, que hubiesen recibido perjuicio derivado de la comisión del hecho punible".

los perjuicios que se le irrogan (y a cuya indemnización puede aspirar a través de la eventual constitución de parte civil dentro del proceso por prevaricato), son los que directamente derivan de la patentización del prevaricato, y no los que hubiese perseguido en otro proceso, en el que el funcionario emitió el fallo prevaricador: Así, si dentro de un proceso penal por homicidio culposo, se ha constituido una parte civil en aras del resarcimiento de los perjuicios ocasionados a quien figura como ofendido dentro de ese primer proceso penal, y dentro de ese proceso penal el respectivo funcionario judicial llega a emitir un pronunciamiento manifiestamente contrario a la ley que perjudique sus intereses, no creemos que puede ese sujeto procesal comparecer ante el proceso penal que por prevaricato se llegase a impulsar en contra de ese funcionario judicial, para reclamar lo mismo que reclamaba en el primer proceso. Tal, entre otras cosas, fue el parecer expresado por la Corte Suprema de Justicia, en providencia de diciembre 4 de 1991, con ponencia del Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ:

> "En verdad, salta a la vista que siendo condenado el juez por haber emitido un auto manifiestamente ilegal, consistente en cesar procedimiento en el sumario por homicidio, no se podía condenar a pagar perjuicios derivados de ese delito contra la vida, pues en este aspecto patrimonial que accede a la sentencia penal de condena, se hizo tomar al funcionario condenado el lugar del procesado por el delito de homicidio, obligándolo así a responder por un hecho ajeno, que él no cometió ni estaba obligado a reparar, con clara violación de lo dispuesto por el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal, en virtud del cual únicamente están obligados a reparar los perjuicios ocasionados por el hecho punible, "los penalmente responsables, en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar". Sólo a estos últimos es posible exigírseles, por los damnificados con el delito contra la vida, la completa indemnización de perjuicios, para lo cual, como lo destaca el Ministerio Público, bien puede acudir a la justicia por la vía civil (art. 55 del C. de P.P.).
> Es claro, pues, que no es jurídico confundir o identificar los perjuicios derivados de un prevaricato, con los causados por el hecho punible dentro de cuyo procesamiento se produjo la decisión manifiestamente ilegal, que trajo como consecuencia el entorpecimiento de la acción civil que dentro de este se desarrollaba".

2. LOS OBJETOS.

2.1. OBJETO JURÍDICO.

Tal como ha quedado ello consignado en párrafos precedentes, el objeto jurídico de esta disposición, a saber, lo que se pretende proteger con el prevaricato por acción, no es más que la rectitud y la probidad de los servidores públicos, en el desarrollo y ejercicio de sus funciones[560]: De allí, entonces, que retornando al te-

[560] En el mismo sentido se pronuncia Gómez Méndez: *Op. Cit.* Pág. 122

ma anterior, digamos que sólo pueden ser sujetos activos de esta forma de infracción a la ley penal, los funcionarios de derecho y, como máximo, los funcionarios de hecho, no siendo posible que tal calidad de sujeto activo de esta forma específica de infracción a la ley penal, sea asumible por parte del usurpador[561].

En aval de tal parecer, resulta pertinente considerar las expresiones consignadas por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de segunda instancia proferida el día 9 de Agosto de 1983, con ponencia del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, cuando examinando el elemento antijuridicidad respecto de esta figura delictual, apuntó:

> "Con la creación del tipo legal de prevaricato ha querido el legislador tutelar penalmente el bien jurídico de la Administración Pública; conductas como la realizada por el ex funcionario acusado vulneran gravemente ese interés que el Estado tiene en que las determinaciones oficiales de sus representantes se ajusten a la legalidad vigente y sean en verdad mecanismos instrumentales para resolver con equidad el conflicto que se les plantea".

Más allá todavía, cabría recordar que en sentencia de noviembre 19 de 1997, con ponencia del Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, esa misma Corporación dijo al respecto:

> "En efecto, siendo la administración pública el bien jurídicamente protegido en el delito de prevaricato, no es difícil entender que ella se afecta por el desorden que causa la adopción de resoluciones o sentencias manifiestamente contrarias a la ley, tanto al incumplir el Estado los fines que con estos agentes le conciernen, como por otorgarle el derecho o la razón a quien no es su titular, en detrimento de quien resulta injustamente desfavorecido, y aún por generar en todos desconcierto y desconfianza, sin que por ello derive daño o perjuicio patrimonialmente resarcible".

---

[561] En auto de Agosto 28 de 1997, con ponencia del Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, la Corte indicó:

"De acuerdo con el art. 149 del Código Penal, modificado por el art. 28 de la Ley 190 de 1995 - Estatuto Anticorrupción- la redacción típica del delito de prevaricato por acción es la siguiente: "Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta".

Pues bien, la primera advertencia, en orden a decidir la apelación, es que la transcrita disposición protege la administración pública, bien jurídico funcional, en el sentido de que lo tutelado es la correcta función administrativa pública, tan cara hoy a la legitimidad y necesidad del Estado para el tratamiento de los conflictos sociales, y no una relación de poder o competencia entre los distintos órganos de la administración de lo público. Por ello, el precepto vincula directamente a los servidores públicos de todos los órdenes, pues sólo a ellos concierne el deber especial de una razonable aplicación del derecho".

2.2. OBJETO MATERIAL.

El objeto material en esta forma de infracción a la ley penal, se encuentra constituido por el acto proferido por parte del servidor público, como que es precisamente sobre él, sobre el cual recae, sobre el cual se patentiza la conducta ejecutiva desplegada por el agente. Lo que sucede es que, por virtud de la redacción del artículo 149 del Código Penal, ese acto proferido por parte de un servidor público debe conjugar dos características esenciales e imprescindibles: La primera, que debe consistir en una resolución o dictamen, pues que si observa una forma diferente, creemos nosotros que no estará representando la presentación requerida por ese acto, de cara a la estructuración de la conducta como típica; y la segunda; que ese acto ha de ser manifiestamente contrario a la ley, como que, de no ser ello así, tampoco estaremos en presencia de una conducta típica.

Habiendo, entonces, puesto de presente la importancia que cada una de esas características reporta de cara a la estructuración de la conducta en cuanto típica, consideramos pertinente acceder al estudio particularizado de cada una de ellas:

2.2.1. *EL ACTO PROFERIDO POR EL FUNCIONARIO DEBE OBSERVAR LA FORMA DE UNA RESOLUCIÓN O DE UN DICTAMEN.*

Ya hemos dicho que en atención a la redacción que actualmente presenta el artículo 149 del Código Penal, no todo acto contrario a la ley proferido por parte de un servidor público, constituye prevaricato, por muy evidente, palmaria y manifiesta que sea la contradicción entre ese acto y la ley, pues que es menester que ese determinado y específico acto, observe, presente o conjugue una de dos presentaciones externas: o que comporte las características, requisitos y contenidos de una resolución, o que conjugue las características, requisitos y contenidos de un dictamen. De lo contrario, es decir, cuando el acto contrario a la ley proferido por parte de un servidor público, no observe tal presentación externa, habremos de concluir que la conducta es atípica, al menos en cuanto al prevaricato se refiere.

Si ello es así, esto es, si la primera característica que debe observar el acto contrario a la ley proferido por el servidor público, en orden a la configuración de una conducta típica de prevaricato, es la de que el mismo debe presentar la forma de una resolución o dictamen, lo que habremos entonces de hacer ahora es revisar qué se entiende por tal, esto es, por resolución y por dictamen, para luego entrar a determinar sus características generales:

2.2.1.1. *SIGNIFICADO DE LAS EXPRESIONES RESOLUCIÓN Y DICTAMEN.*

Ciertamente, no es lo mismo una resolución que un dictamen, no sólo por el hecho de que son proferidos por parte de servidores públicos de diferente nivel y naturaleza, sino por el hecho de que sus contenidos y propósitos son diferentes. Por tal motivo, en consecuencia, somos del parecer de que se trata de conceptos que deben ser estudiados por separado:

2.2.1.1.1. *LA RESOLUCIÓN.*

Resolución, dice GÓMEZ MÉNDEZ[562] en criterio al cual adherimos, es "cualquier determinación de orden jurídico que deba tomar el empleado oficial en ejercicio de sus funciones".

Por tal vía, entonces, se clarifica que el núcleo central de la resolución a la cual alude el artículo 149 del Código Penal, reside en el hecho de que ella comporta la adopción de una decisión, de una determinación. Eso, precisamente, es lo que nos permite sostener que el vocablo resolución empleado por el artículo en comento, asume un sentido amplio en cuanto a su significado, para abarcar no sólo las resoluciones en sentido estricto, como serían las contentivas a los actos administrativos, o, ya en el campo del derecho procesal penal, a las providencias que profiere el fiscal en la etapa instructiva del proceso penal (tal como lo propone el numeral 4o. del artículo 179 del Código de Procedimiento Penal actualmente vigente: decreto 2700 de 1991); sino también todas aquellas determinaciones que en el curso de cualquier proceso o actuación, judicial o administrativa, pueda llegar a adoptar o tomar el respectivo servidor público a cuyo cargo se encuentra la tramitación pertinente.

Con ello, entonces, queremos significar que el término resolución utilizado por el artículo 149 del Código Penal no solamente alude a las resoluciones administrativas o a las resoluciones que en la etapa de instrucción del proceso penal, llega a proferir el fiscal a cuyo cargo se encuentra la misma; sino que también incluye todos los autos y sentencias, en una palabra, providencias, que en el curso de cualquier actuación judicial o administrativa llegue a adoptar un servidor público. De allí, entonces, que la Corte Suprema de Justicia, en auto proferido en Sala de Casación Penal, el día 5 de Abril de 1984 con ponencia del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA (y salvamento parcial de voto de los Drs. DANTE FIORILLO PORRAS y PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA), hubiese conceptuado:

> "La resolución a que se refiere el artículo 149 del Estatuto Punitivo hoy vigente, no es solamente providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno y otro de sus respectivas atribuciones; y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función".

Es, precisamente, esta última consideración, la que nos permite formular algunas observaciones adicionales:

2.2.1.1.1.1. La primera, que siendo claro que el término resolución utilizado por el artículo 149 del Código Penal, incluye a las sentencias, al ser omnicomprensivo de toda las providencias que dentro de un proceso judicial o administrati-

---

[562] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 119.

vo pueden llegar a proferirse, se tiene que ello explica el por qué el artículo 149 del Código Penal actualmente vigente, suprimió la alusión que de manera expresa hacía el artículo 168 del Código Penal de 1936, en relación con las sentencias, al disponer:

> "El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas dictare sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusare, o denegare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia uno de los interesados o animadversión hacia otros, incurrirá en prisión de seis meses a cinco años.
> Si se tratare de sentencia en juicio criminal, la pena será de dos a ocho años de presidio". (Subrayas fuera del texto).

Dejando de lado el hecho de que, a pesar de todos sus yerros, resulta mejor y más técnica la reglamentación que actualmente se dispensa al prevaricato, al haberse direrenciado claramente (aún, en dos artículos diferentes), entre el prevaricato por acción y el prevaricato por omisión, a tiempo que al haberse suprimido las referencias que hacía la ley, a la motivación que para la observancia de tal conducta había tenido el agente delictual (la amistad o la animadversión), todo lo cual tornaba en absolutamente inaplicable la norma del Código Penal de 1936 que acaba de ser transcrita; hemos de subrayar que hubo una interesante aunque casi que marginal modificación en la redacción del prevaricato, en el Código Penal actualmente vigente, con respecto al anterior: Considerando que la sentencia no es más que una forma de resolución (si se toma, como se dijo anteriormente, este vocablo en sentido amplio, para aludir a toda suerte de providencias; y no en sentido estricto, esto es, como las tan sólo proferidas en el campo administrativo, o por el fiscal en la etapa instructiva del proceso penal), el legislador penal de 1980 suprimió la referencia expresa a las sentencias, debiéndose decir actualmente, que ellas están incluidas dentro del objeto material de esta infracción, en la medida en que el concepto resolución las comprende.

Dicho de otra manera, que el vocablo resolución empleado por el artículo 149 del Código Penal, comprende las sentencias y toda clase de providencias, por lo cual ha de dispensarse al mismo una interpretación y acepción amplia, y no restringida.

2.2.1.1.1.2. En íntima conexión con la anterior, se tiene esta segunda consideración: Si lo que pretendía el legislador de 1980, al aparecer como más técnico y preciso que su antecesor de 1936, suprimiendo la referencia expresa a las sentencias en tanto objeto material de esta infracción, para dejarlas situadas como tal a través de una comprensión amplia del vocablo resolución, creemos nosotros que también se equivocó, como que mejor hubiera sido aludir, expresa y únicamente, a providencias, como que sí es ese un vocablo absolutamente comprensivo de todas las formas existentes de determinación o decisión judicial o administrativa.

En efecto, si de lo que se trataba era de mejorar la redacción del artículo 168 del Código Penal de 1936, sobre la base de la crítica de que, al fin de cuentas, la

sentencia no es más que una forma de resolución, por vías de lo cual se suprimió el texto de la forma específica (la senténcia), manteniendo la forma genérica (la resolución), teniendo que darse a este último vocablo una interpretación amplia, que cabría calificar de extensiva (para hacer que ella comprenda conceptos, nociones y objetos que inicialmente no aparecen como expresamente referidos por ella, lo que, ciertamente, no aparece como sano ni saludable en el campo del derecho penal, particularmente a la luz del principio de determinación o de tipicidad Inequívoca que encuentra fundamento en el artículo 3o. del Código Penal), nos atrevemos nosotros a apuntar que, en tal sentido, el legislador también se equivocó, como que hubiera podido evitar todos esos galimatías, provenientes de interpretaciones particularizadas y subjetivas, de haberse empleado el término providencia, en vez de resolución: Como se ha visto, cuando se utiliza el vocablo resolución, inicialmente se piensa o en actos administrativos, o en las providencias del fiscal, dentro del proceso penal, en la etapa de instrucción; para corregir tal idea, es menester explicar entonces, a continuación, que el término resolución no debe tomarse, dentro del contexto del artículo 149 del Código Penal, en sentido restringido, sino en sentido amplio, abarcando toda determinación, toda decisión de carácter o contenido jurídico, adoptada por un servidor público en ejercicio de sus funciones. Por ello, creemos que el legislador incurrió en un lamentable error de técnica, como que hubiera evitado todas esas discusiones, disquisiciones e interpretaciones (en muchos casos amañadas según las conveniencias propias del intérprete), si tan sólo se hubiera limitado a emplear el vocablo providencia, en vez del término resolución, habida cuenta que aquel (providencia), es un vocablo real y verdaderamente comprensivo de todas las determinaciones y decisiones que, con contenido jurídico, ha de tomar un servidor público en ejercicio de sus funciones, pues que no solamente alude a los autos y a las sentencias, sino también a las resoluciones (tanto administrativas, como de la fiscalía).

2.2.1.1.1.3. Superando la crítica contenida en el numeral precedente, relativa a la redacción del actual artículo 149 del Código Penal, diremos que, en todo caso, se trata de un concepto (y nos referimos al de resolución), que se aplica en toda clase de procesos judiciales (sean ellos civiles, comerciales, laborales, contenciosos, etc.) y administrativos (esto es, a toda clase de actuaciones administrativas cumplidas ante o por cualquier clase de autoridad administrativa, desde los ministerios y departamentos administrativos, pasando por las superintendencias, para llegar hasta los inspectores de policía).

No en vano la Corte Suprema de Justicia, en auto de Abril 5 de 1984 se pronunció a este respecto, indicando:

> "La resolución a que se refiere el art. 149 del estatuto punitivo hoy vigente, no es solamente emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno y otro de sus respectivas atribuciones; y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales del auto interlocutorio o de sentencia; lo que importa es que en ella el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función".

A pesar de todo, justo será reconocer que lo que viene de exponerse no resulta aplicable en el caso de los congresistas, cuando fungen ellos como jueces de los funcionarios de las altas jerarquías del Estado, dado que -según lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia de tutela No. SU-047/99, proferida dentro del expediente No. T-180.650- se encuentran ellos amparados por el principio de inviolabilidad de sus opiniones políticas:

En efecto, pese a que en sentencia de constitucionalidad No. C-222 de 1996, con ponencia del Dr. FABIO MORÓN DÍAZ, la Corte Constitucional había indicado que:

> "De lo anterior se infiere que para estos efectos los Representantes y Senadores tienen las mismas facultades y deberes de los Jueces o Fiscales de instrucción, y, consiguientemente, las mismas responsabilidades.
> La naturaleza de la función encomendada al Congreso supone exigencias a la actuación de los congresistas que, con su voto, colegiadamente concurren a la configuración del supuesto procesal previo consistente en la decisión sobre acusación y seguimiento de causa o no acusación y no seguimiento de causa. Además de las limitaciones inherentes a su condición de congresistas, la índole judicial de la función analizada, impone hacer extensivos a éstos el régimen aplicable a los jueces, comoquiera que lo que se demanda es una decisión objetiva e imparcial en atención a los efectos jurídicos que ha de tener.
> Sin perjuicio que las decisiones que se adopten sean colegiadas, los miembros de las Cámaras, en su condición de jueces, asumen una responsabilidad personal, que incluso podría tener implicaciones penales",

y de que en sentencia de constitucionalidad No. C-245 de 1996, con ponencia del Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, esa misma Corporación había precisado que:

> "Debe entenderse pues que la inviolabilidad opera en los casos en que los congresistas están ejerciendo su función legislativa, su función constituyente derivada, su función de control político sobre los actos del Gobierno y de la administración y, eventualmente, su función administrativa, como es la de provisión de ciertos cargos. Pero cosa muy distinta ocurre cuando los congresistas -revestidos de la calidad de jueces-, ejercen función jurisdiccional, como ocurre en los juicios que se adelanten contra funcionarios que gozan de fuero constitucional, especial (arts. 174, 175, 178-3, 178-4 y 199). Dichos juicios son, por definición constitucional, públicos, así lo establece el art. 175 numerales 1 y 4. Para la Corte es claro que en este caso los congresistas asumen la calidad de jueces, tal como la Corte lo explicó en reciente jurisprudencia (Sentencia C-222 de 1996)",

es lo cierto que en la ya indicada sentencia de tutela identificada con el No. SU-

047 de enero 29 de 1999[563], dicha Corporación varió íntegramente su posición –significando que, en relación con la doctrina que hasta ese momento histórico venía ofreciendo, *"...esa hermenéutica es inaceptable y conduce a resultados inconstitucionales, por lo que debe ser abandonada", resaltando que si bien "...en general la doctrina y la práctica de los tribunales admiten que, dentro de ciertos límites, un juez puede distanciarse de sus propios precedentes*[564], propugnando por la absoluta inviolabilidad parlamentaria con respecto a los votos y opiniones, concluyendo, en cuanto es aquí pertinente que *"...si bien la Sala de Casación Penal puede juzgar los delitos cometidos por los congresistas, sin embargo carece de competencia para investigar los votos y opiniones que los senadores y representantes hayan emitido en ejercicio de sus funciones, por cuanto estos son inviolables"*[565].

A tal conclusión llegó la Corte Constitucional al amparo del siguiente razonamiento:

> "18. Una obvia pregunta surge entonces: ¿Cuáles son los fundamentos que permiten concluir que la inviolabilidad también opera cuando los representantes y senadores ejercen funciones judiciales?
> Como es evidente, existen ante todo dos razones, que no por haber sido ya ampliamente mencionadas en esta sentencia, dejan de tener una importancia trascendental, a saber: (i) el texto del art. 185, que no establece distinciones entre los votos y opiniones emitidos por los congresistas en ejercicio de su cargo; y (ii) la finalidad misma de la figura de la inviolabilidad que es proteger la independencia y libertad del Congreso en todas sus funciones, por lo cual la doctrina nacional e internacional es uniforme en señalar que todos los votos y opiniones que hayan sido emitidos por los representantes del pueblo en el proceso de formación de la voluntad de las cámaras quedan excluidos de cualquier responsabilidad civil o penal"[566],

agregando, párrafos más adelante:

> "Por consiguiente, bien podría un congresista considerar que existen fuertes pruebas contra un alto dignatario, pero estar convencido de que su destitución puede tener efectos catastróficos para el país, y por ello, -consultando el bien común-, opinar y votar en favor del investigado. Una tal conducta es no solo inadmisible en un juez ordinario, que está estrictamente sometido al derecho, sino que puede acarrearle respon-

---

[563] El texto íntegro de esta providencia puede ubicarse, vía internet, en la siguiente dirección: www.bogotá.eureka.com.co/noticias/proyecto/inviolabilidad/index.html

Igualmente, en la siguiente publicación:

Revista Foro Colombiano. Marzo de 1999. No. 357. Año 31, Tomo No. 60. Santa Fe de Bogotá. Págs. 203-267

[564] Cfr. *Revista Foro Colombiano*. No. 357... Págs. 245 y 247, respectivamente.

[565] Ibídem, pág. 226.

[566] Ibídem, pág. 229.

sabilidades penales, por cuanto podría constituir un prevaricato. Sin embargo, ese mismo comportamiento en un congresista tiene que ser inmune a cualquier calificación delictiva por el amplio margen de apreciación que la discrecionalidad política comporta, y por la circunstancia adicional de que las corporaciones representativas no tiene que estar conformada por peritos en derecho. La inviolabilidad parlamentaria sigue operando entonces también en los juicios adelantados por las Cámaras".

Por esa vía, y para terminar este obligado recuento de un episodio propio de nuestra reciente historia judicial, la Corte Constitucional "dejó sin efectos" el proceso que se surtía ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia -radicado bajo el No.11.911- en contra de los congresistas que habían emitido voto absolutorio, en la forma de una preclusión de la instrucción, en favor del Presidente Ernesto Samper[567].

2.2.1.1.1.4. Finalmente, en orden a la dilucidación de los contenidos de la expresión resolución empleada por el artículo 149 del Código Penal, cabría preguntar si una ley o un decreto, en cuanto tales, constituyen resoluciones y, por tal vía, establecer si tales actos pueden ser constitutivos o no de un prevaricato: En otras palabras, de lo que se trata ahora es de establecer si el congreso de la República.

---

[567] Justo será decir que, confrontando lo declarado por la Corte Constitucional en la providencia que viene de examinarse, con la doctrina que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en relación con los miembros de la Comisión de Acusaciones de la Cámara, una sería la situación de los congresistas dentro y en relación con los procesos políticos -dentro de la terminología que introduce la Corte Constitucional- y otra, diferente, la que los cobijaría con motivo de las actuaciones por ellos eventualmente cumplidas dentro de procesos propiamente judiciales.

A esa conclusión llegamos -salvo variación en el futuro de las posiciones de una y otra Corte- al recordar el contenido de la sentencia de Marzo 19 de 1998 (en todo caso anterior al pronunciamiento de la Corte Constitucional), proferido por la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, en que se dijo:

"2. Habiendo sido acusado este procesado por el delito de prevaricato por acción, por haber iniciado una investigación penal en contra de quince Magistrados de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, practicando pruebas y citándolos a diligencia de indagatoria sin fundamento legal para ello, debe enfatizar la Sala y habida cuenta de que la calificación jurídica exigida para el autor de este punible por el art. 149 del C.P., se ha cuestionado por el Dr. Ruiz Medina, que la de servidor público en ejercicio de funciones judiciales le es predicable para cuando actuó como Representante Investigador, no solo porque por expresa disposición constitucional, la tienen entre otros, "los miembros de las corporaciones públicas" (art. 123), sino porque el art. 116 ídem, preceptúa que el Congreso "ejercerá determinadas funciones judiciales", las cuales, tratándose de la Cámara de Representantes no son otras que las señaladas en los numerales 3o y 4o del art. 178, esto es, las de acusar ante el Senado a altos funcionarios del Estado y, conocer de las denuncias y quejas presentadas por el Fiscal General de la Nación o los particulares, contra los citados funcionarios; de ahí, que el art. 467 del C.P.P. preceptúe que en tales casos la Cámara de Representantes, "actúa como Fiscal" y en el mismo sentido lo señala el art. 353 de la Ley 5a de 1992.

3. En estas condiciones, es claro entonces que cumpliendo funciones judiciales, debía someterse al imperio de la ley como cualquier Juez de la República, aplicando las disposiciones del Código de Procedimiento Penal en aquellos aspectos que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 366 de la Ley 5a de 1992, no estuvieran regulados por dicha normatividad".

al aprobar una ley manifiestamente contraria a la ley, o el mismo Presidente de la República, al proferir un decreto manifiestamente contrario a la misma ley, pueden o no estar incurriendo en el delito de prevaricato.

Si bien en un primer momento pareciera que ello es factible, en la medida en que al calificar el sujeto activo de la infracción la norma no practica distinción alguna en torno a qué tipo de servidores públicos pueden incurrir, con el proferimiento de un acto manifiestamente contrario a la ley, en el delito de prevaricato, somos nosotros de la opinión de que una lectura minuciosa y pausada de la norma en comento descartará tal posibilidad, a saber, la de que los congresistas o el Presidente de la República que, respectivamente aprueban una ley o promulga un decreto manifiestamente contrario a la ley, puedan incurrir en prevaricato: Y a tal conclusión llegamos, anticipando algunos conceptos, fundamentados en las exigencias contenidas en el mismo tipo penal en comento, que no sanciona el hecho de que un servidor público cualquiera profiera un acto contrario a la ley, como sería lo deseable y lo aconsejable (en nuestro sentir), si de lo que se trata es de reprimir esta conducta a todas luces desviada, sino de que profiera, exactamente, una resolución o dictamen contrario a la ley: En otros términos, que la forma precisa y única que pueden (tienen) que asumir y revestir esos actos contrarios a la ley, que se sancionan como constitutivos de prevaricato, ha de ser la de una resolución o dictamen, por vías de lo cual colegimos que si el acto que profiere el respectivo funcionario, por más contrario a la ley que el mismo pueda aparecer, no observa la forma de una resolución o de un dictamen, habrá de concluirse que estamos en presencia de una conducta atípica, al menos en relación con el tipo penal del prevaricato, pues que no otra puede ser la consecuencia que se derive de la redacción impresa por el legislador a la norma que se examina.

Por esta vía, habremos de sostener dos tesis:

La primera, que en nuestro sentir nuevamente incurrió el legislador en un error de técnica legislativa (faltaría por determinar si inadvertido o deliberado, lo que no estamos en capacidad de clarificar por el momento), al señalar que la forma que ha de asumir ese acto manifiestamente contrario a la ley, ha de ser la de una resolución o dictamen, ninguna de las cuales es conjugada por una ley o un decreto, porque ni es un acto en el cual se evidencie determinación o decisión jurídica alguna por parte de tales órganos del poder público (Congreso y Presidente de la República), cual es la estructura propia de la resolución, ni constituyen la opinión o concepto que emite un perito dentro de actuación judicial o administrativa, como se entiende (tal como se explicará a continuación), el dictamen, de todo lo cual se deriva que, desde nuestra óptica, cuando el congreso apruebe una ley contraria a la ley (lo que perfectamente puede acontecer, como cuando se aprueba una ley contraria a la Constitución Nacional, o, aún, a la ley preexistente) o cuando el Presidente promulga un decreto contrario a la ley (lo que puede acontecer cuando expide un decreto contrario a la Constitución Nacional o a la legislación vigente, aprobada por el congreso de la república), estaremos en presencia de

conducta atípica, cuando menos en relación con el tipo penal del prevaricato (salvo que se quiera extender aún más la acepción del vocablo resolución, algo que sería para nosotros ya completamente inadmisible en atención al anteriormente invocado principio de determinación o de tipicidad inequívoca, para comprender estos actos dentro de tal vocablo: algo, en todo caso, completamente inadmisible)[568].

- Y la segunda, que frente a tan preocupante realidad jurídica, se tiene que la solución estaría dada en dos frentes: El primero, de corte netamente jurídico, que radicaría en corregir lo que nosotros nos atrevemos a calificar como yerro de técnica legislativa, eliminando del tipo penal que nos ocupa la referencia directa que el mismo contiene, respecto a la forma específica (resolución o dictamen), que en el momento actual tienen que asumir los actos de los servidores públicos que, al conjugar una manifiesta contradicción con la ley, aparecen como constitutivos de prevaricato, de tal manera que si la norma solamente se refiriera al "servidor público que profiera acto manifiestamente contrario a la ley" (por ejemplo), sí podría decirse que los decretos o las leyes, del Presidente y del congreso de la República, respectivamente, que fuesen contrarias a la ley, serían dignas de ser tenidas en cuenta como eventualmente constitutivas del objeto material propio de esta infracción (por vías de lo cual se corregiría la falencia por nosotros aquí denunciada, en el sentido de que, en el momento actual, por mucho que el Presidente de la República promulgue un decreto contrario a la ley, o el Congreso de la República haga lo propio en relación con una ley, no estarían incursos, ni el uno ni los otros, en el delito de prevaricato).

---

[568] Precisamente en ese sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, en providencia de Julio 15 de 1996 proferida con ponencia del Dr. Jorge E. Córdoba Poveda, al decir:

"No puede afirmarse, apriorísticamente, que un parlamentario, insularmente considerado, así sea ponente, pueda convertir la actividad legislativa en instrumento para delinquir, pues el dominio que pueda tener del proyecto de ley es supremamente relativo, con mayor razón cuando se trata de la expedición de una ley estatutaria que, de conformidad con el art. 152 de la Carta Política, no solamente posee una tramitación especial, sino que, además, requiere de un estudio previo de exequibilidad por parte de la Corte Constitucional.

En lo que respecta al delito de prevaricato por acción, que los denunciantes consideran se cometió al actuar el Dr. R., como ponente del mentado estatuto, en el que se encontraban los artículos cuestionados, a saber, 15 y 34 (referentes al período de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado) y 181 y 182 (sobre términos para ratificar la denuncia y adelantar la investigación previa en los procesos seguidos ante la Comisión de Instrucción de la Cámara de Representantes), basta leer el art. 149 del Código Penal, para percatarse, sin mayor esfuerzo, que ninguna infracción a la ley penal se configura, pues el prevaricato se tipifica cuando el servidor público profiere resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, y aquí se imputa al denunciado haber emitido tal clase de decisiones, sino haber sido ponente y votante de un proyecto de ley, en el que, además, los preceptos considerados opuestos al ordenamiento jurídico fueron declarados conforme a la Carta Política por la Honorable Corte Constitucional, por medio de la sentencia fechada el 5 de febrero de 1996. En consecuencia, tales disposiciones ni contradicen ni el art. 231 ni el 233, ni ninguna otra norma de nuestra Constitución".

Y el segundo, que consultaría la reglamentación actualmente vigente sobre la materia, que lo único que podría hacerse, en relación con el Presidente de la República, en la hipótesis en que profiriera un decreto manifiestamente contrario a la ley, sería la de que podría adelantarse en relación suya, un juicio de responsabilidad política, consultando las obligaciones de respeto y acatamiento a la ley, contenidas en los artículos 188, 192 y 198 de la Constitución Nacional, con sujeción a acusación ante el Senado de la República formulada por la Cámara de Representantes en los términos del artículo 178.3 de la misma Carta Fundamental y siendo juzgado por el Senado de la República en los términos y con las consecuencias del artículo 175.2 de la misma Constitución Política de 1991, entendiendo que la acusación se referiría a una simple indignidad por mala conducta que aparejaría como sanción la "destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos".

Significaría lo anteriormente expuesto, entonces, que en ningún caso puede el Presidente de la República incurrir en el delito de prevaricato?. Nosotros creemos que no, esto es, que sí hay casos en los cuales el Presidente de la República puede incurrir en prevaricato, como cuando el decreto que profiere no ostenta, siquiera, el carácter de ley en sentido material, esto es, que no presente caracteres de general y abstracto: En otros términos, cuando ese decreto del Presidente de la República simplemente se refiera a una situación concreta y específica, como cuando a través del mismo se hace una designación de un servidor público, sí puede el Presidente de la República incurrir en prevaricato, no porque ese acto deje de ostentar la calidad de decreto (que la sigue teniendo desde el punto de vista formal y externo), sino porque desde el punto de vista interno y material presenta los caracteres propios de una resolución, como que significa, en última instancia, la adopción de una determinación o decisión de carácter jurídico, la que, por demás estaría decirlo, está practicando un servidor público en ejercicio de sus funciones. En tal hipótesis, en consecuencia, diremos que sí es posible que el Presidente de la República, en cuanto tal, patentice con su actuar el tipo penal del prevaricato.

2.2.1.1.2. *EL DICTAMEN.*

El dictamen, explica GÓMEZ MÉNDEZ[569], "es la opinión que dentro de un proceso administrativo o judicial emite un empleado, respecto de un punto técnico que debe ser apreciado por quien toma la decisión".

El dictamen, en tanto medio probatorio reconocido, admitido y regulado, no sólo dentro de la legislación civil adjetiva, sino dentro de la penal y la administrativa, parte de un supuesto inhesitable: El funcionario judicial, por más culto y erudito que sea, no está en el deber, y mucho menos en la obligación, de poseer todos los conocimientos técnicos, científicos y/o artísticos que, frecuentemente, es

[569] Ibídem, pág. 119.

necesario auscultar en la investigación y juzgamiento de una determinada conducta y/o situación fáctica, como que su obligación cognoscitiva se contrae al dominio de las normas y principios legales: Por ello, en el caso concreto de la ley penal, el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal autoriza el decreto y práctica de la prueba pericial, "cuando se requieran conocimientos especiales científicos, técnicos o artísticos".

Así las cosas, si en materia penal se admite la prueba pericial, cuando quiera que sea necesario auscultar, investigar y/o juzgar un determinado punto o tópico científico (la velocidad a la que supuestamente se desplazaba un vehículo al momento de la materialización de un accidente vehicular que reporta como resultado final la muerte o las lesiones de un transeúnte o de un pasajero que se transportaba en el mismo o en otro vehículo automotor), técnico (la técnica o procedimiento que debía seguirse en la conducción de una aeronave, o en la realización o ejecución de una determinada cirugía) o artístico (la autenticidad de una obra de arte), lo que tiene que decirse es que el dictamen, finalmente, es ese concepto u opinión que, en relación con el punto específico que ha sido sometido a su consideración, formula el correspondiente perito.

Conocido entonces el fundamento de la prueba pericial, particularmente en el campo penal; y establecido que el dictamen es esa opinión o concepto que formula o expresa el perito en relación con el asunto que ha sido sometido a su consideración, resta por determinar dos cosas: De una parte, quiénes son o pueden ser los peritos; y de la otra, cómo, esto es, de qué manera o en qué condiciones, ha de ser rendido el dictamen por parte del perito.

2.2.1.1.2.1. *El aspecto subjetivo.*

Cuanto a lo primero, esto es, quiénes son o pueden ser peritos, habrá de decirse que, al menos en plano jurídico penal, existen dos clases de peritos: De una parte, los peritos oficiales, que son aquellas personas vinculadas a la misma Administración Pública (bien sea por designación verificada mediante acto administrativo, bien sea por contrato de trabajo), que aparecen como depositarias de algunos conocimientos técnico-científicos especializados, cual es el caso del personal que labora al servicio de los Institutos de Medicina Legal; y de la otra, se encuentran aquellas personas que, sin guardar vínculo alguno previo con la Administración, son convocados por el funcionario judicial, de oficio o a solicitud de los sujetos procesales, para que con sus opiniones, criterios o explicaciones, ilustren la labor de la Judicatura o la misma Administración (según que se trate de un proceso judicial o administrativo).

Respecto de los primeros, a saber, los peritos oficiales, habría de decirse que no es menester posesionarlos de su cargo como peritos dentro del caso específico en que se les requiera para tales efectos, toda vez que ello se entiende verificado desde el momento en que asumieron el ejercicio o desempeño de su cargo: Así, si dentro de un determinado proceso penal es necesario practicar una necropsia a un

cadáver, en orden a conocer las causas o circunstancias de la muerte del occiso, no será necesario posesionar como perito dentro de esa tramitación al Médico Legista, en la medida en que, desde el momento en que tomó posesión de su cargo como tal, al servicio de la Administración, se entiende que se encuentra ya posesionado como tal, es decir, como perito. Sobre los segundos, esto es, aquellos peritos designados por nombramiento especial, cual acontece dentro de muchos procesos penales en los que, de manera eventual se designa un perito avaluador de los perjuicios o del objeto material de la infracción, se tiene que ellos, conforme a lo dispuesto en el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal, deberán tomar "posesión del cargo prestando el juramento legal y **explicará la experiencia que tiene para rendir el dictamen**" (Negrillas fuera del texto).

Como se ve, mientras respecto del perito oficial no se exige posesión, y se parte del supuesto de su idoneidad y capacidad al efecto, en relación con el perito no oficial no sólo se exige posesión, sino que manifieste y clarifique cuáles son sus capacidades y cualificaciones de cara a la presentación del respectivo dictamen.

2.2.1.1.2.2. *El aspecto objetivo.*

El dictamen, ha quedado ello dicho ya, es la opinión o concepto que en relación con el asunto que ha sido sometido a su consideración por parte del respectivo servidor público que tiene a su cargo la tramitación judicial o administrativa de que se trate, emite el perito: Y conforme a lo reglado en el inciso primero del artículo 268 del Código de Procedimiento Penal, en materia penal el dictamen ha de ser la respuesta al cuestionario que, a su consideración, somete el funcionario judicial, por lo que no debe aparecer como extraño el hecho de que el artículo 267 del mismo Código Penal Adjetivo, disponga que

> "El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.
>
> Cuando se designen varios peritos, conjuntamente practicarán las diligencias y harán los estudios o investigaciones pertinentes para emitir el dictamen. Cuando hubiere discrepancia, cada uno extenderá su dictamen por separado. **En todos los casos, a los peritos se les advertirá sobre la prohibición absoluta de emitir en el dictamen cualquier juicio de responsabilidad penal**" (Negrillas fuera del texto).

Requerido en tales términos el dictamen, y presentado en la forma y condiciones prevenidas en el artículo del Código de Procedimiento Penal que acaba de transcribirse, restaría tan sólo por resaltar el contenido normativo del artículo 273 del mismo Código de Procedimiento Penal, según el cual:

> "Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso".

con lo cual queda fehacientemente establecido que el dictamen pericial no es de forzosa ni de obligatoria vinculación para el fallador, quien, perfectamente, puede desecharlo o descartarlo.

Con todos estos argumentos, finalmente, nos sentimos nosotros habilitados y facultados para resolver un cuestionamiento que desde hace mucho preocupa tanto a la doctrina como a la jurisprudencia nacional, cual es aquel por virtud del cual se pretende auscultar si los conceptos que dentro del proceso penal ha de rendir el Ministerio Público, pueden llegar a ser, o no, constitutivos de prevaricato, es decir, si cuando el agente del Ministerio Público destacado dentro de un determinado proceso penal, rinde un concepto manifiestamente contrario a la ley al juzgador, bien en un alegato precalificatorio, bien en un alegato de conclusiones, bien (como ha de hacerlo actualmente conforme a las modificaciones introducidas por la ley 81 de 1993 al decreto 2700 de 1991), cuando ha de conceptuar sobre los beneficios que ha de conceder la Fiscalía General de la Nación a una persona que se haya sometido a la Justicia, puede o no estar incurriendo en delito de prevaricato.

GÓMEZ MÉNDEZ[570] sostiene, en nuestro sentir con sobrada razón, que tales actos del Agente del Ministerio Público, esto es, los que contienen una opinión o parecer manifiestamente contrario a la ley, no son constitutivos de prevaricato, porque ellos, en cuanto tal, no constituyen dictamen. En lo que no podemos ya estar de acuerdo con el distinguido profesor, es en su criterio de que "un dictamen no puede decirse que sea contrario a la ley", puntualizando:

> "El dictamen es verdadero o falso. En este orden de ideas, estimamos que su tratamiento adecuado sería el de falsedad ideológica en documento público cometida por empleado oficial (artículo 219 del Código Penal).

No compartimos tal argumento, esto es, el de que "un dictamen no puede ser contrario a la ley", con fundamento en el cual GÓMEZ MÉNDEZ pretende avalar su tesis de que los conceptos del Ministerio Público no pueden llegar a ser constitutivos de prevaricato, por la sencilla razón de que es perfectamente posible que un dictamen pericial, sí sea contrario a la ley, en la medida en que, por ejemplo, desconozca las pruebas al expediente arrimadas, y con prescindencia de las mismas pretenda exponer ante el fallador una determinada opinión o parecer técnico: Por ello, no consideramos afortunado sostener que el concepto del Ministerio Público no sea constitutivo de prevaricato, sosteniendo que un dictamen no puede ser contrario a la ley, toda vez que si bien coincidimos con GÓMEZ MÉNDEZ en su opinión de que el concepto del Ministerio Público no puede llegar a configurar un prevaricato, las argumentaciones tienen que ser otras.

En efecto, reconociendo que el agente del Ministerio Público dentro de un determinado proceso penal destacado, conjuga la condición de servidor público, con lo cual podría decirse que sí puede llegar a ser él (en abstracto), sujeto activo de esta infracción a la ley penal, somos del parecer de que los demás elementos es-

---

[570] Ibídem, págs. 119-120.

tructurales de la figura en examen descartan tal posibilidad, tal como lo hace en relación con los decretos del Presidente de la República o las leyes del Congreso, por la potísima razón de que tales actos, a saber, los conceptos que ante el fallador presenta, bien como alegatos precalificatorios o de conclusión, bien como conceptos de cualquiera otra índole rendidos dentro del marco de las exigencias legales pertinentes (cual es el caso de lo establecido en la ley 81 de 1993 respecto de los beneficios que pueden concederse a los "colaboradores de la Justicia"), ni son resoluciones, ni son dictámenes, de donde no conjugan la característica fundamental que debe presentar el objeto material de esta forma específica de infracción a la ley penal.

Que no constituyen resolución es algo en nuestro sentir supremamente claro, desde el momento que ni son determinaciones ni decisiones de contenido jurídico tomadas por servidor público alguno y, lo que es más, ni siquiera ostentan la calidad de conceptos de rigurosa o forzosa aceptación por parte del funcionario judicial ante el cual son presentados. Y que no constituyen dictamen, creemos que es algo aún de más fácil comprensión, habida cuenta que ni es la opinión de un experto técnico o científico, ni reporta los contenidos específicos que ha de contemplar el dictamen, según los mandatos trazados por el artículo 267 del Código de Procedimiento Penal, el que, ello debe ser tenido en cuenta de manera especial, en la parte final de su inciso segundo llega a disponer que

> "En todos los casos, a los peritos se les advertirá sobre la prohibición absoluta de emitir en el dictamen cualquier juicio de responsabilidad penal".

De esta guisa, si el concepto precalificatorio o de conclusiones presentado por el agente del Ministerio Público dentro de un proceso penal, pudiera llegar a considerarse como dictamen de cara la estructuración de un prevaricato, cuando el mismo comportase un criterio manifiestamente contrario a la ley, se tendría que le estaría a ese agente del Ministerio Público vedada la posibilidad de pronunciarse en relación con la responsabilidad penal eventualmente deducible al procesado, cuando es a eso, precisamente, a lo que apunta la actividad procesal del Ministerio Público: A pronunciarse en torno a la inocencia o responsabilidad del procesado, respecto de los hechos que son materia de investigación, debate y juzgamiento.

En síntesis, pues, para nosotros los conceptos emitidos por parte del Ministerio Público dentro de un determinado proceso penal, por mucho que aparezcan como contentivos de pareceres manifiestamente contrarios a la ley, no son configurativos de prevaricato, como tampoco de falsedad documental (como lo propone GÓMEZ MÉNDEZ, salvo que en el correspondiente escrito se estén consignando hechos o circunstancias contrarias a la verdad, en cuyo caso se le estaría juzgando por tal evento, y por el hecho de que en su concepto formulase solicitudes o presentase apreciaciones, en relación con el contenido mismo del proceso, contrarias a la ley), siendo entonces pasible, únicamente, de investigaciones disciplinarias[571].

---

[571] Sin embargo, la Corte ha presentado un criterio diametralmente opuesto al aquí planteado, como que en auto de Octubre 13 de 1988, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez manifestó:

Significará ello, entonces, que en ninguna medida el agente del Ministerio Público puede llegar a incurrir en el delito de prevaricato? Tampoco creemos que se pueda llegar a ese extremo, como que perfectamente es posible que el Ministerio Público pueda llegar a materializar con su actuar el tipo penal del prevaricato, en hipótesis como las siguientes:

- A título de autor, cuando en ejercicio de sus funciones, profiere una resolución ordenando una investigación disciplinaria en contra de un determinado funcionario judicial, o imponiendo una sanción disciplinaria, manifiestamente contraria a la ley;

- A título de determinador (con lo cual, en los términos del artículo 23 del Código Penal, ostentaría la calidad de coautor), cuando fuese él, quien a un nivel puramente personal, llevase ante el funcionario real y efectivamente competente y habilitado para emitir la resolución (auto, sentencia, etc.) pertinente, la idea de emitir una con un contenido manifiestamente contrario a la ley;

- Y, finalmente, a título de cómplice (en las condiciones y con las consecuencias jurídicas prevenidas en el artículo 24 del Código Penal), cuando concurriere con el servidor público competente, en la emisión del acto (resolución) manifiestamente contrario a la ley, como cuando el segundo (el funcionario judicial) ordena, en forma indebida, la devolución a un particular, del bien mueble que le ha sido incautado por servir, presuntamente, para la realización de las actividades delictivas propias del narcotráfico, y el primero (agente del Ministerio Público), concurre a la materialización de tal acto, avalando con su presencia y su firma, el acto ilícito materializado por aquél.

2.2.1.2. *CARACTERIZACIÓN EXTERNA DE LA RESOLUCIÓN Y EL DICTAMEN.*

Desde el punto de vista de la caracterización externa del acto manifiestamente contrario a la ley configurativo del prevaricato, se discute si el mismo ha de presentar siempre la forma escrita, en primer término; y en segundo lugar, si es menester o no que el mismo se encuentre ejecutoriado, a fin de que pueda reputarse como estructurante de prevaricato.

"Lo otro, o sea que la no presencia de los vocablos "concepto" y "providencia", en el texto del art. 149 del C. Penal, deja por fuera del ilícito el salvamento arbitrario de voto, porque sólo es un "criterio" u "opinión" no vinculante y porque propiamente no es recogido por los términos "resolución o dictamen" que finalmente fue los que consignó el Legislador, prescindiendo de los otros, es apuntamiento que no consulta la realidad jurídica y gramatical. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define la voz dictamen (del latín dictamen) como opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa. Es entonces incuestionable que si quien dio la opinión o suscribió el dictamen (caso del salvamento de voto), lo hace con el carácter de funcionario, consignando apreciaciones manifiestamente contrarias a la ley, o preceptos, criterios contrarios a la verdad por él conocida, incurre en prevaricato por acción, así sus afirmaciones no sean compulsivas o estén desprovistas de poder decisorio. Pero, se reitera, los cargos contra el doctor A.M.F. no lo son porque hubiera salvado su voto con respecto a la determinación sobre el delito de daño en cosa ajena, sino porque no lo salvó en relación a las otras criticadas decisiones".

2.2.1.2.1. *LA FORMA DEL ACTO MANIFIESTAMENTE CONTRARIO A LA LEY.*

Se discute a nivel de la doctrina si es indispensable, de cara a la configuración de una conducta típica de prevaricato, si el acto que profiere el servidor público bajo la modalidad de resolución o dictamen, y que es contrario a la ley de manera manifiesta, ha de observar una materialización escrita, o si, por el contrario, puede ser expedido de manera meramente verbal.

GÓMEZ MÉNDEZ[572], de manera tajante, expresa que para que un determinado acto del funcionario conjugue la condición de resolución "debe tener siempre una forma escrita", pues que "no tendría este alcance la determinación verbal que toma el empleado oficial en ejercicio de sus funciones en relación con el asunto sometido a su conocimiento". No obstante, a la vista de algunas disposiciones contenidas en la ley adjetiva colombiana, y, para el caso que nos ocupa, en la ley penal procedimental, por virtud de las cuales no sólo se autoriza sino que se fomenta la actuación verbal, no sólo de los sujetos procesales, sino del mismo funcionario judicial, creemos que sí es posible que se materialice un prevaricato por acción, por parte del servidor público que de manera verbal profiere una determinada resolución (decisión), en el curso de un proceso específico.

En efecto, desde el momento mismo en que el inciso primero del artículo 156 del Código de Procedimiento Penal dispone que

> "En la actuación se podrán utilizar los medios mecánicos, electrónicos y técnicos que la ciencia ofrezca y que no atenten contra la dignidad humana y las garantías constitucionales. Igualmente las diligencias pueden ser recogidas y conservadas en sistemas de audio video y si fuere el caso, el contenido de las mismas se llevará por escrito, cuando sea estrictamente necesario. (Subrayas fuera del texto),

se está introduciendo por el legislador, la idea de que perfectamente puede recogerse la actuación procesal, por un medio técnico, como el audio (grabación magnetofónica) o el video (filmaciones), sin que sea rigurosamente necesario atender a la forma escrita.

Pero como si lo anterior fuera poco, repárese en el contenido normativo del inciso segundo del artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, a tenor del cual

> "La reposición interpuesta en audiencia o diligencia se decidirá allí mismo, una vez oídos los demás sujetos procesales",

se tiene que, indudablemente, puede un funcionario judicial (que, como es claro, encaja dentro de la noción genérica de servidor público), adoptar decisiones o determinaciones de contenido jurídico, en ejercicio de sus funciones, en el curso de la actuación procesal, de todo lo cual se deduce que perfectamente puede la resolución (entendida en el sentido de providencia, según lo por nosotros en tal

---

[572] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit*, pág. 119.

sentido anteriormente propuesto), ser emitida por el funcionario de manera meramente verbal.

Mas aún, en aval de la tesis por nosotros ahora presentada, cabe traer a colación el contenido del artículo 192 del mismo Código de Procedimiento Penal, según el cual "las providencias que se dicten en el curso de cualquier diligencia relacionada con esta, se considerarán notificadas en ella aunque no hayan concurrido los sujetos procesales, siempre que se hayan respetado las garantías fundamentales", con lo cual no hace más que reafirmarse nuestra opinión, en el sentido de que perfectamente puede un funcionario judicial emitir fallos, decisiones o determinaciones, de manera verbal; y que, por tal vía, puede él llegar a incurrir en el delito de prevaricato, cuando quiera que la determinación adoptada resulte ser manifiestamente contraria a la ley.

Y ni qué decir, sea ello consignado de paso, de actuaciones tales como las cumplidas en el orden civil y comercial, en donde paulatina pero seguramente se vienen abriendo paso, a nivel procedimental, las actuaciones verbales, a la manera en que ha sido la usanza de verificación en el terreno laboral: Siendo ello entonces así, no podemos nosotros menos que apartarnos del criterio de GÓMEZ MÉNDEZ, y señalar que, a nuestro modo de entender las cosas, perfectamente puede un funcionario incurrir en prevaricato al haber proferido una resolución contraria a la ley, de manera puramente verbal (siendo el problema de índole probatorio, mas no jurídico-sustancial, referido a la demostración del proferimiento de tal acto por parte de ese funcionario).

No quiere ello decir, tampoco, que la sola presentación de extensas argumentaciones o consideraciones en una determinada providencia, excluyen la posibilidad de que en la misma o, dicho de otra manera, a través de la misma, se configure un prevaricato, cuando quiera que en ella, finalmente, se adopte una determinación manifiestamente contraria a la ley, puesto que, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia, en proveído de Febrero 26 de 1985, con ponencia del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA:

> "La presencia de argumentaciones más o menos extensas en una providencia, no significa necesariamente que esta sea ajustada a la ley. Obsérvese que el comportamiento descrito en el art. 149 C.P. no consiste en dictar resolución o dictamen carente formalmente de motivación, sino en que al proferir una u otra se contraría manifiestamente la ley; y la legalidad o ilegalidad de una decisión no es, obviamente, aspecto que pueda establecerse apenas cuantitativamente por el número de folios o de razones aducidas. Nada impide por consiguiente, que una providencia extensamente argumentada sea a la vez ostensiblemente ilegal"[573].

[573] Sobre el tema de las argumentaciones aparentes, que serían aquellas que encubren una manifiesta infracción de la ley bajo el mandato de un supuesto análisis o evaluación, la Corte ha tenido oportunidad de volver a pronunciarse, precisando la importancia de la consideración de las condicio-

2.2.1.2.2. *EL NIVEL DE EJECUTORIA DEL ACTO PROFERIDO.*

Se pregunta la doctrina y, con ella, la jurisprudencia, si es menester, de cara a la estructuración del prevaricato, el que el acto proferido, consistente en una resolución o dictamen, y manifiestamente contrario a la ley, se encuentre ejecutoriado; si es necesario que haya producido efectos jurídicos, o, finalmente, si basta con que haya sido proferido.

Recordando que el "*iter criminis*" observa las fases de ideación, planeación, ejecución, consumación y agotamiento, habrá de decirse que lo que se sanciona, en relación con el prevaricato, es que se haya proferido una resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, y no que el mismo haya alcanzado ejecutoria (ni siquiera formal), y mucho menos que haya producido efectos jurídicos (lo que tocaría con la etapa del agotamiento del "*iter criminis*").

Basta, pues, con que el acto haya sido proferido, esto es, expedido, emitido, dictado, aunque no haya sido siquiera notificado a las partes, para que el delito de prevaricato por acción se entienda ya consumado. Por ello, GÓMEZ MÉNDEZ[574] llega a sostener que el delito se consuma cuando la resolución o dictamen se fir-

---

nes objetivo-subjetivas bajo o al amparo de las cuales fue proferido el acto cuestionado, tal como acaeció en proveído de agosto 28 de 1997, con ponencia del Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego:

"Lo "manifiestamente contrario a la ley", sería la segunda premisa, que se pregona de la resolución o dictamen proferidos por el servidor público imputado, encierra un elemento normativo específico del tipo, que como tal exige una valoración judicial en atención al caso concreto y de cara a una justificación material de los argumentos del actor comprometido y no de una mera justificación formal. Es decir, no se trata de examinar apenas cuando un argumento es formalmente correcto o incorrecto, sino de establecer cuándo tal argumento, dentro de un campo determinado, resulta aceptable.

Se dice lo anterior por cuanto puede ocurrir que una decisión funcional, a pesar de que habilidosa y espaciosamente se le puede rodear de abundantes citas normativas, doctrinarias y jurisprudenciales, con lo cual aparecería formalmente justificada, resultaría francamente prevaricadora por andar fuera del contexto de justificación material de las normas pertinentes, esto es, completamente desasida de la realidad y de los hechos controvertidos en la respectiva actuación que finalmente deben traducirse en la ley. Y, contrario sensu, la decisión puede reñir con el tenor literal de ciertos preceptos, aparentemente claros, pero no envuelve prevaricación porque contiene una interpretación loable frente a las singulares trazas que ofrece el caso".

Se ha dicho en este proceso que frente a normas perfectamente claras, resulta fácil deducir el prevaricato cuando el funcionario se desentiende de ellas so pretexto de consultar su espíritu. Pero qué manera tan fantasiosa, arrevesada e injusta de concebir el ejercicio de la administración pública, particularmente el de la administración de justicia. Se parte de una inconcebible sabiduría abstracta de la ley, y con base en ese perjuicio se examina la legalidad o ilegalidad de las acciones de los servidores públicos. Es preciso analizar primero y abiertamente las razones justificativas u objetivas de la decisión, en una relación dialéctica de hechos y norma, siempre puestos mentalmente en el lugar del funcionario decisor, y sólo así se sabrá si para el caso realmente era tan nítido el sentido de la ley. Claro que si la resolución no está acompañada de razones justificatorias, es decir, acorde primero con los hechos y después con el precepto legal, sino que obedece al mero capricho del funcionario, ahí sí puede tildarse de "manifiestamente contraria a la ley".

[574] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 118.

man por parte del servidor, es decir, "cuando se perfeccionan desde el punto de vista formal", lo que equivaldría a decir que estamos en presencia de un tipo penal de mera conducta, esto es, de una figura delictual que se consuma con la mera patentización de la conducta punible, independientemente de que la misma reporte o no resultados o consecuencias en el mundo fenoménico[575].

Por otra parte, no es necesario que el acto se encuentre ejecutoriado para que se entienda consumado el delito, como que lo aquí se sanciona, según se ha dicho, es la etapa de consumación y no la del agotamiento del "iter criminis": Por tal vía, en consecuencia, perfectamente puede consumarse este delito, aunque el acto admita recursos o aunque posteriormente sea revocado, bien por parte del mismo funcionario al resolver un recurso de reposición o por vías de la revocatoria directa[576], o de su superior jerárquico al conocer del acto, en vía de apelación[577],

---

[575] En sentencia de Junio 4 de 1986, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez (reiterada con el mismo ponente en proveído de Noviembre 18 de 1987), dijo la Corte:

"El prevaricato, hoy más que nunca, es delito instantáneo que se perfecciona con la ejecución u omisión del acto que contiene la prevaricación, sin que tenga importancia alguna determinar el contenido exacto del perjuicio causado o advertir si, posteriormente, se realizó en forma debida la actividad mandada por la ley. Es, para acoger una de las pragmáticas clasificaciones, delito de mera conducta y no de resultado, ya se entienda que la actividad realizada, omitida o denegada no alcanzó sus fines, o que no logró causar daño alguno a quien debía o podía causarlo. Esto ha llevado a decir a algún autor nacional, con severidad indiscriminada, que lo que cuenta es la ilicitud intrínseca de la conducta del funcionario aunque a la postre esta resulte inocua, aunque resulta más preciso advertir que la contradicción con la ley, que expone por estos medios y en forma significativa el bien jurídicamente tutelado, suele comportar trascendencia en cuanto a sus consecuencias nocivas".

[576] No obstante, habrá de resaltarse que la Corte Suprema de Justicia no comparte este específico criterio, como que en proveído de Julio 16 de 1985, con ponencia del Dr. Alfonso Reyes Echandía expuso:

"Respecto del primero de los hechos atribuidos al funcionario acusado, advierte esta Sala que una providencia judicial y la que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra ella, realmente constituyen una única actuación del funcionario, ya que este recurso ha sido creado precisamente para corregir las equivocaciones en que crea haber incurrido. Ahora bien, en el evento sub-júdice tiénese que si bien la inicial negativa a ordenar el secuestro de los inmuebles podría ser cuestionable jurídicamente, al reponer tal decisión la conducta del Dr. V.C. se ajustó inequívocamente a derecho. Su comportamiento, pues, no se adecúa a la descripción legal del PREVARICATO POR ACCION (art. 149 C.P.), ni a la de ningún otro hecho punible".

No deja de llamar la atención, pues, el hecho de que con un pronunciamiento como este, la propia Corte estaba desconociendo el carácter de delito formal del Prevaricato por Acción y, lo que es más, que el hecho de que el agente delictual busque enmendar las consecuencias dañinas derivadas de la materialización del hecho, pueden atenuar su responsabilidad, pero nunca eliminarla.

[577] Prolongando todavía más el comentario contenido en la nota anterior, cabría resaltar cómo, posteriormente, la Corte emitió un parecer en gran medida contradictorio con aquel, como que en auto de Agosto 31 de 1990, con ponencia del Dr. Guillermo Duque Ruiz señaló:

"En efecto, la intervención del funcionario ad-quem (o, en los casos de rigor, la Corte en los recursos extraordinarios) debe entrañar la corrección del yerro jurídico y de este modo reparar el agravio que se ha causado por la mala aplicación de la ley, mas esta intervención funcional que comporta desde ningún ángulo que se mire la "corrección" o "anulación" del delito que en cierto evento se haya

pues que, según lo ha puesto de presente la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, mediante auto de Marzo 6 de 1984, con Ponencia del Dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO:

> "No es correcto afirmar la no comisión de un delito de prevaricato por el simple hecho de que contra la decisión contraria a la ley, procedan los recursos previstos en el ordenamiento procesal. Este ilícito se comete cuando se profiere una resolución manifiestamente contraria a la ley, así ella sea posteriormente revocada"[578].

2.2.2. *EL ACTO PROFERIDO POR EL FUNCIONARIO DEBE SER MANIFIESTAMENTE CONTRARIO A LA LEY.*

Característica fundamental del acto que en la forma de resolución o dictamen debe proferir el servidor público, para que su conducta pueda ser encuadrada dentro de los límites propios del prevaricato, es la de que el mismo debe aparecer como manifiestamente contrario a la ley, lo que, a su vez, nos obliga a examinar dos tópicos de capital importancia: En primer lugar, qué se entiende aquí por ley; y en segundo término, qué se entiende aquí por manifiestamente contrario a la referida ley.

2.2.2.1. *QUÉ SE ENTIENDE POR LEY?*

Si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 4o. del Código Civil, habría que decir que "ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución nacional", y que, por tanto, debería entenderse que para los efectos del artículo 149 del Código Penal, solamente sería ley el acto proferido por el Congreso de la República, previa tramitación del proceso legislativo, sometido a la correspondiente sanción presidencial o, más técnicamente, constitucional (art. 7o., Código Civil).

A pesar de ello, en atención al bien jurídico tutelado (la administración pública) y al objeto jurídico perseguido (la rectitud y la probidad de los servidores públicos, en el desarrollo y ejercicio de sus funciones), somos nosotros del parecer que por ley, para los efectos del artículo 149 del Código Penal, no debe tenerse solamente aquella norma jurídica que ha sido aprobada por el Congreso de la República, previo el trámite del proceso legislativo (ley en sentido formal), sino que debe tenerse también aquellas normas jurídicas, de carácter general y abstracto, que han

---

podido cometer paralelamente con el yerro meramente jurídico. Esto porque la lesión a la administración pública (que es el bien jurídico protegido, no la administración de justicia, como dice el recurrente) se consuma al producirse la resolución abiertamente contraria a la ley, siempre que, desde luego, apareje una lesividad concreta a ese bien jurídico, es decir, siempre y cuando esa oposición entre lo decidido y la ley no resulte ser de mera forma, sin trascendencia real alguna, que no es el caso que se juzga aquí, tal como acaba de anotarse".

[578] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.*, pág. 118.

sido promulgadas por la autoridad a tales efectos competente (ley en sentido material), de tal manera que para los referidos propósitos del tipo penal del prevaricato por acción, constituiría ley tanto el acto normativo expedido por el Congreso de la República, como los decretos de carácter y contenido general y abstracto que, en ejercicio de sus funciones constitucionales, llegase a expedir el Presidente de la República, de donde se podría colegir, de paso, que si bien el Presidente de la República, según lo anteriormente en tal sentido consignado, no incurre en prevaricato por acción al expedir un decreto contrario a la ley, sí puede estar fundamentando tales formas delictivas en cabeza de sus subalternos, cuando estos emitan actos manifiestamente contrarios al contenido de los aludidos decretos del ejecutivo, con carácter de ley material[579].

Para corroborar lo expuesto, baste rememorar, por ejemplo, que en providencia de Marzo 29 de 1990, con ponencia del Dr. MARIO MANTILLA NOUGUES, la Corte Suprema de Justicia, que se ocupaba de analizar un proceso por prevaricato, señaló:

> "El prevaricato que en la acepción latina del vocablo significa "el que anda con los pies torcidos", en su esencia radica en la discordancia entre el derecho que el funcionario conoce y el que se aplica, por lo que el objeto jurídico tutelado es el ejercicio de la función pública sobre los criterios de legalidad, rectitud e imparcialidad del funcionario respecto de la función encomendada. Desde el punto de vista de la culpabilidad es un delito de contenido eminentemente doloso, en donde impera la mala fe del sujeto activo calificado, en cuanto conlleva una decisión contraria a la ley, al apartarse en forma ostensible de su texto que conoce, con el fin de producir efectos violatorios al ordenamiento jurídico.
>
> Pese a ser el prevaricato un delito de mera conducta, no se consuma por el error en que pudo incurrir el funcionario, frente a la interpreta-

---

[579] De igual parecer son, en nuestro medio, Pabón Parra y Escobar López:

- El primero deja implícito tal parecer cuando postula que: "Es necesario que haya contradicción clara, oposición evidente, entre el acto y la previsión legal, o violación flagrante de una norma positiva; por lo cual se excluye las violaciones al decálogo, al derecho natural o a los principios generales del derecho que no estén expresamente aceptados por una norma positiva".

Pabón Parra, Pedro Alfonso. "*Delitos contra la Administración Pública*". Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 1997. Pág. 225.

- El segundo, sí pregona con amplitud su criterio, al indicar:

"Por "ley" debemos entender la norma jurídica aprobada por el Congreso de la República, sino además todas aquellas que, de carácter general y abstracto, hayan sido promulgadas por la autoridad y sean leyes "en sentido material" como los decretos nacionales expedidos por el Presidente de la República, las ordenanzas de las asambleas departamentales, los decretos de los gobernadores, los acuerdos municipales y, en fin, los decretos de los alcaldes".

Escobar López, Edgar. *Estatuto Anticorrupción*. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín 1996. 1ª ed. Págs. 284-285.

> ción de la norma, o cuando erró sobre la vigencia o aplicación de una ley en el tiempo o en el espacio, como tampoco cuando por negligencia no estuvo atento a investigar con celo, si en el caso sometido a estudio era aplicable una determinada norma, para el caso sub-judice la resolución No. 029 de 1961 o si por el contrario existía otras disposiciones diferentes, el Código Fiscal, radicando en ello el error del funcionario, conducta que si bien es desde todo punto de vista reprochable lógicamente a título de culpa, no lo es de dolo, por lo que no se estructura su responsabilidad tal como lo precisa en su concepto la delegada de esta instancia".

Como se ve, para la Corte, aún una resolución administrativa debe ser entendida como ley, para los efectos del artículo 149 del Código Penal. En este mismo orden de ideas, habrá de decirse que por ley, en relación con el mismo artículo 149 del Código Penal, no solamente debe entenderse la ley en sentido formal tanto como la ley en sentido material, sino que, por obvias razones, también ha de entenderse la propia Constitución Nacional que, a fin de cuentas, según lo dispone el inciso primero de la Carta Fundamental, es "norma de normas", de tal manera que, finalmente, todos los actos expedidos por los servidores públicos tienen que respetar las directrices normativas contenidas en aquella, particularmente en cuanto hace referencia a las Garantías Ciudadanas y los Derechos Fundamentales: De esta guisa, en esa hipótesis, como quizá en ninguna otra, sería evidente que un servidor ha proferido un acto manifiestamente contrario a la ley, cuando el contenido de dicho acto sea contrario a los mandatos y postulados de la Constitución Nacional.

Finalmente, y en relación con lo que se entiende por ley para los efectos de la estructuración de la figura propia del prevaricato por acción, no estaría demás recordar que se debe tratar del proferimiento de un acto manifiestamente contrario a la ley "vigente", pues que imposible -por absoluta imposibilidad jurídica- resultaría configurar un tal hecho punible, si el acto que se profiere resulta ser manifiestamente contrario a la ley derogada, que no a la ley vigente, tal como tuvo oportunidad de examinarlo la Corte Suprema de Justicia, en proveído de Abril 8 de 1997 con ponencia del Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, al revisar un asunto de tal índole sometido a su consideración.

2.2.2.2. *QUÉ SE ENTIENDE POR MANIFIESTAMENTE CONTRARIO A LA LEY.*

Establecido, como lo ha sido en el acápite precedente, qué se entiende por ley para los efectos del artículo 149 del Código Penal que, como se sabe, describe y sanciona el prevaricato por acción, resta por dilucidar lo que se entiende por manifiestamente contrario a la ley, para que establezcamos cuál es la real inteligencia y alcance de esta norma.

2.2.2.2.1. *EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.*

Comencemos entonces recordando que comentando el artículo 168 del Código Penal de 1936, que exigía que el acto proferido por el "empleado oficial", a más

de ser "contrario a la ley", fuese "expresa o manifiestamente injusto", PACHECO OSORIO[580] apuntaba que tales requisitos eran los que, precisamente, explicaban el hecho de que siendo Colombia un país "que, aun cuando sea doloroso confesarlo, no es tierra estéril para el prevaricato, no se tenga conocimiento de que se haya, no digamos condenado, pero ni siquiera llamado a juicio a nadie por este delito", de donde BERNAL PINZÓN colegía que esa casi que imposible aplicación del prevaricato, a tenor del Código Penal de 1936, obedecía a la forma "arrevesada e injurídica como está concebida la figura en el derecho colombiano".

Quizá, entonces, haciendo eco de tales críticas, el legislador colombiano de 1980 eliminó, de la descripción comportamental contenida en el artículo 168 del Código Penal de 1936, al redactar el texto del artículo 149 del Código Penal actualmente vigente, dos elementos: El primero, el elemento "a sabiendas"; y el segundo, el que, a más de contrario a la ley, el acto constitutivo de prevaricato fuese expresa o manifiestamente injusto.

En relación con lo primero, ARENAS[581] recuerda cómo fue el ponente de la norma en la primera de las comisiones redactoras, a saber, el Profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA, el que propuso precisamente la eliminación de tal elemento, vale decir, la proposición "a sabiendas", que aparecía dentro del tipo penal del prevaricato (por acción), en el Código Penal de 1936, teniendo en cuenta que esa locución "no representa más que una tautológica repetición del momento intelectivo del dolo", criterio que nosotros compartimos en un todo: En efecto, aún cuando se haya suprimido esta exigencia del tipo penal del prevaricato por acción, conforme a la estructura del hecho punible trazada en nuestro medio por el artículo 2o. del mismo Código Penal, es claro que la ilicitud del comportamiento en el prevaricato depende de que el funcionario sepa, conozca, que su resolución o dictamen es contrario a la ley, toda vez que si no existe tal conocimiento, no hay dolo y, consecuencialmente, no podrá estructurarse el hecho como punible.

Cuanto a lo segundo, o sea, la eliminación de la exigencia de que el acto, a más de ser "contrario a la ley" fuese "expresa o manifiestamente injusto", creemos que ello resulta ser igualmente acertado, en la medida en que, a nuestro modo de entender, no es necesario, para que el funcionario se "desvíe el recto camino", configurando así un prevaricato, que a más de que su acto sea "contrario a la ley", deba este (el acto), ser "expresa o manifiestamente injusto": La justicia o injusticia de un acto, no deben ser temas que entren o deban entrar, en el análisis correspondiente a la evaluación que, a posteriori, se haga del comportamiento observado por el servidor público que tal acto profirió, pues que de lo que se trata es de establecer si acató o no los mandatos de la ley, por muy injusta que esta sea, ya que, al fin de cuentas, no puede olvidarse que "aunque sea muy dura la ley, es la ley", y el funcionario no puede desconocerla, so pretexto de su injusticia.

---

[580] Citado por Bernal Pinzón, *Op. Cit.* Pág. 154.

[581] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Págs. 67-68.

Introducir el elemento "injusticia" dentro de la adecuación típica de una conducta dentro de los moldes del prevaricato, equivalía a decir, en nuestro sentir, que no era constitutivo de prevaricato el hecho de que un funcionario profiriese un acto contrario a la ley, pero justo: Así, lo que tendría que examinarse no era tanto la contrariedad del acto del funcionario, con el contenido de la ley, sino la contrariedad del acto con la Justicia, algo que, al fin de cuentas, no deja de ser altamente subjetivo. Por ello, seguramente, era por lo que ni siquiera se había logrado, en vigencia de tal disposición, llamar a juicio a persona alguna en nuestro medio, como lo apuntaba PACHECO OSORIO: Porque era prácticamente imposible establecer la objetividad del comportamiento, entrándose entonces en el terreno de la pura subjetividad, lo que, finalmente, y cuando menos, reportaba para el agente delictual la posibilidad de invocar un error de tipo, cuando no un error de prohibición, dejando impune una conducta que, como tal hubiera debido ser sancionada (sin que se esté ahora diciendo de nuestra parte que el error sea constitutivo de una forma de impunidad: De lo que se trata es de reconocer que ante la ambigüedad de la ley, de su mala o deficiente redacción, se sigue la posibilidad de amparar conductas, a todas luces antisociales, que deben y tienen que ser sancionadas)[582].

De allí, en consecuencia, que se comparta por nosotros la eliminación que del giro "expresa o manifiestamente injustos", hiciere el artículo 149 del Código Penal de 1980, en relación con el artículo 168 del Código Penal de 1936, desde el momento en que mientras la contradicción del contenido del acto que en concreto haya proferido el servidor, con la ley, es algo casi que objetivo, que puede resolverse en el plano de la adecuación típica de la conducta; al paso que la injusticia que debía caracterizar al acto del funcionario, conforme al Código Penal de 1936,

---

[582] En relación con toda esta temática, cabría recordar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Agosto 13 de 1981, anotó:

"El delito de prevaricato de acuerdo con el nuevo Código Penal (art. 149) consiste, en forma activa, en el hecho de que un empleado oficial profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley.

Es de la esencia de tal ilícito, en consecuencia, la disparidad o contradicción manifiestas entre la resolución o dictamen y las normas de derecho aplicables en cada caso.

No requiere, como sucedía en el anterior Código Penal, un especial ingrediente subjetivo consistente en la simpatía o animadversión hacia una de las partes.

Ni siquiera se exige el elemento "a sabiendas" de tan variada interpretación.

Pero sí es fundamental que las resoluciones y dictámenes sean injustos en el sentido de que se aparten ostensiblemente del derecho, sin que importen los motivos que el empleado oficial tenga para ello.

De donde puede deducirse que si las resoluciones o dictámenes se ajustan al derecho o, siendo por este aspecto erróneos su disparidad con las normas jurídicas que se debieron aplicar no es tal que pueda calificarse de manifiesta, el delito en cuestión no existe, no importa cuales sean los sentimientos del empleado oficial respecto a las personas que intervinieron en el proceso".

a fin de configurar un prevaricato, era tema que apuntaba no sólo a la antijuridicidad, sino también a la culpabilidad del comportamiento, todo lo cual llevaba a la práctica inaplicabilidad de la norma.

2.2.2.2.2. *NATURALEZA JURÍDICA DEL ELEMENTO MANIFIESTAMENTE CONTRARIO A LA LEY.*

Bastante difícil resulta determinar, al menos en un principio, qué se entiende por manifiestamente contrario a la ley. Por ello, en punto de determinar cuál es la verdadera naturaleza jurídica (antes de precisar su contenido y/o significado) de tal expresión, deben ser examinados dos temas: El uno, si resulta o no político-penalmente adecuada la utilización de ese giro idiomático dentro del tipo penal que se examina; y el otro, a cuál de las categorías estructurantes del hecho punible alude o hace referencia la misma.

2.2.2.2.2.1. *El empleo de la locución dentro del texto legal.*

Cuanto a lo primero, podríamos decir que es concretamente GÓMEZ MÉNDEZ[583] quien se muestra abierta y declaradamente contrario a la utilización de tal vocablo dentro de la descripción típica de la conducta propia del prevaricato por acción, al considerar que "desde el punto de vista jurídico, no puede haber grados de violación de la ley".

Frente a tal parecer, habríamos nosotros de predicar que no otra puede ser la conclusión, esto es, que sí parecieran haber grados de violación de la ley, cuando dentro del tipo penal que nos ocupa se dice que el acto ha de ser manifiestamente contrario a la ley, con lo que, al menos tácitamente, se está dando a entender que existen violaciones, contradicciones con la ley, patentizadas en ciertos actos proferidos por los servidores públicos, que no son constitutivos de prevaricato en la medida en que la contradicción entre esos actos y la ley, no es manifiesta.

Tanto es ello así, que la propia Corte Suprema de Justicia, en auto de Diciembre 10 de 1982, con ponencia del Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ reconoció tal realidad, al señalar:

> "El prevaricato exige como elemento estructural que la "resolución o el dictamen" pronunciados sean manifiestamente contrarios a la ley. De donde **aquellos que la contradicen, pero sin esa nota de ostensibilidad o evidencia, bien pueden conservar la característica de acto propio de abuso de autoridad."** (Negrillas fuera del texto).

Lo que es más, en auto de Noviembre 20 de 1990, con ponencia del Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA (reiterado en Febrero 20 de 1991 por el mismo ponente), esa misma Corporación manifestó:

---

[583] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 120-121.

> "Ha sostenido reiteradamente esta Corporación que el Juez Penal cuando juzga una decisión o resolución tildada de prevaricadora no se ocupa de ella como Juez de instancia para considerarla acertada o no. Su función es examinarla para determinar si es manifiestamente contraria a la ley tanto material como procesal, de donde aún providencias desacertadas pueden o no ser prevaricadoras".

De esta guisa, y aunque nos parece que por tal vía se está introduciendo un elemento generador de inseguridad jurídica, habremos de colegir que la expresión manifiestamente contrario a la ley está abriendo la posibilidad para que hayan violaciones a la ley que no sean constitutivas de prevaricato en la medida en que la contradicción entre el acto proferido por el servidor público y la ley, no sea "manifiesta". Y si ello es así, como en verdad creemos que lo es, vale decir, que si la tal expresión manifiestamente contrario a la ley está concediendo la posibilidad para que se establezcan grados de infracción a la ley, cómo evaluar o justipreciar tal expresión? Cuál será el límite de aplicabilidad para la misma?

A nuestro modo de ver, en punto que entronca con los que más adelante habría de examinarse, cabría tener en cuenta el pronunciamiento emitido por la Corte, en providencia de Junio 5 de 1985 con ponencia del Dr. FABIO CALDERÓN BOTERO (íntegramente acogida en providencia de Agosto 14 de 1991, con ponencia del Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ), en la que se precisó:

> "Debe observarse que, según el artículo 149 del Código Penal, el delito de prevaricato por acción consiste en el hecho de que un empleado oficial profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, o sea, que es de su esencia la disparidad o contradicción manifiestas entre la resolución o dictamen y la norma de derecho aplicable en cada caso. Dicho de otra manera, es fundamental que las resoluciones o dictámenes se aparten ostensiblemente del derecho.
>
> Esa exigencia perentoria de que la resolución o dictamen sean manifiestamente contrarios a la ley, objetiva y subjetivamente se convierte para el juez en una valoración que, por exceso o por defecto, puede conducir al error. Para obviar estos extremos, hay que buscar un punto equidistante, un criterio rector en donde esa contradicción, por su magnitud, subsuma cualquier abuso de autoridad para poder concluir que el obrar bajo la comprensión de la ilicitud de la conducta constituye prevaricato. Es pues, ese especial sentido de equidad, así conformado, el verdadero resguardo y guía del acierto judicial en el juicio de aplicabilidad de esta infracción.
>
> Esto se traduce, ni más ni nada menos, en que si la interpretación indebida de las normas o de las pruebas se efectúa sin tener conciencia de un actuar ilícito, por más que resulte opuesta al derecho, no existe delito de prevaricato por acción ya que, desde el punto de vista subjetivo, no es posible considerar que el actor entendió como manifiestamente contrario a la ley su comportamiento".

Lo que en todo caso es claro, es que no es obligación del fallador, por ejemplo de la Corte, señalar cuál habría sido el criterio en definitiva acertado, esto es, que no es obligación precisar cuál de los criterios asumidos y encontrados es el que mejor lo consulta, bastando con determinar si la decisión del funcionario es o no manifiestamente contraria a la ley, tal como se dijo en providencias de Marzo 17 de 1987 y Septiembre 18 de 1991, ambas con ponencia del Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

2.2.2.2.2.2. *Caracterización como elemento del tipo.*

Luego de señalar que la expresión manifiestamente contrario a la ley pareciera querer resolver, dentro del tipo, algunos problemas inherentes a la culpabilidad, GÓMEZ MÉNDEZ invoca un auto proferido por la Corte Suprema de Justicia, el día 15 de Abril de 1982, con ponencia del Dr. DARÍO VELÁSQUEZ, en el cual se sostuvo por parte de esa Corporación:

> "Aparte de los demás elementos integradores de este tipo penal, en su forma activa se precisa que la decisión adoptada por el funcionario lo haya sido a sabiendas de que es contrario a la ley, esto es, con clara conciencia, con pleno conocimiento de su ilegalidad como lo exigía la norma derogada, o que sea manifiestamente contraria al ordenamiento legal, como lo prescribe el Código vigente".

Nosotros creemos, como lo decíamos anteriormente, que ello no es así, vale decir, que la locución manifiestamente contrario a la ley no hace tanto referencia a la culpabilidad sino a la tipicidad misma de la conducta, y preferimos en cambio acoger los planteamientos presentados por el Profesor REYES ECHANDÍA en salvamento de voto suscrito en auto de Mayo 22 de 1981, proferido por la misma Corte Suprema de Justicia, oportunidad en la cual el aludido maestro consignó:

> "Dice la providencia que la conciencia de la ilicitud en el Prevaricato la resaltaba el Código anterior con la expresión "a sabiendas", y el nuevo estatuto con la exigencia de que el acto sea "manifiestamente contrario a la ley". Discrepo de tal interpretación. Considero que la expresión "a sabiendas" enfatiza -innecesariamente- el aspecto cognoscitivo del dolo y apunta, por lo mismo, al conocimiento que se le exige al agente sobre la típica antijuridicidad de su comportamiento; mientras que la palabra "manifiestamente" se predica de la contrariedad de la conducta del actor (resolución o dictamen) con la ley y cualifica, entonces, un ingrediente normativo del tipo; no existe, pues, equivalencia alguna entre tales expresiones; el nuevo Código eliminó simplemente -y con razón- la reiteración del conocimiento de la ilicitud propia del Prevaricato y cualificó la ilegalidad de la resolución o del dictamen emitidos por el funcionario (actor) con un adverbio modal que apunta a un mayor grado de contrariedad de aquella con la

ley, a la que debe acomodarse toda decisión judicial o administrativa"[584].

2.2.2.2.3. *CONTENIDO Y SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN MANIFIESTAMENTE CONTRARIO A LA LEY.*

Contando, entonces, con la precisiones que anteceden, tratemos ahora de clarificar qué se entiende por manifiestamente contrario a la ley.

Siguiendo a SEBASTIÁN SOLER[585], para quien "el prevaricato no consiste en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho objetivo, sino entre el de-

---

[584] Que el elemento "manifiestamente contrario a la ley" alude a la tipicidad más que a la culpabilidad, lo puso de presente la Corte Suprema de Justicia de Noviembre 17 de 1989, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez:

"La Corte, cuando se trata de determinar la procedencia o no de abrir investigación en hechos que se refieren a un delito de prevaricato, no está en la obligación de especificar cuál de los encontrados puntos de derecho es el que consulta la mejor doctrina; al contrario, le basta -así se ha sostenido reiterada y pacíficamente- con señalar si la determinación criticada es o no manifiestamente opuesta a la ley. Y esta es una decisión que no comporta análisis referentes a las causales de inculpabilidad o de justificación, sino que apunta a la tipicidad o no de la conducta. La Corte, en determinación de Octubre 14/87, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia, al respecto sostuvo lo siguiente:

"Sin adentrarse la Sala en la tesis finalista a que conduciría la cuestión subsidiaria planteada, frente al delito de prevaricato, no hay obstáculo jurídico para reconocer la ausencia de delito cuando de la investigación preliminar emerge que la determinación reputada como ilegal no es injusta, por ser este un delito con elemento subjetivo específico en donde la ausencia del mismo comporta necesariamente una circunstancia de atipicidad (artículo 352 C.P.P.)". En igual sentido M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Septiembre 15/87".

[585] En efecto, partiendo de la premisa de que la legislación argentina *"en materia de prevaricato responde a la tradición legislativa española, porque comprende bajo esa designación tanto el prevaricato del juez como el de otros sujetos que concurren a la función de administrar justicia como auxiliares, a diferencia de otros códigos que reservan esa designación para la actuación torcida de los patrocinantes y consejeros"*, cual es el caso del italiano, Soler recuerda que, en punto de la determinación de lo que por tal se entiende, deben examinarse factores objetivos y subjetivos:

- *"En el aspecto objetivo -dice- la acción que puede constituir prevaricato debe reunir ciertas condiciones sin las cuales es inoficioso proseguir el análisis del hecho y que en todo caso deben ser examinadas con prioridad. Debe tenerse presente, sin embargo, que el resultado positivo del examen de esta faz del hecho no autoriza en absoluto a afirmar la existencia del delito, según se verá. Estos aspectos objetivos actúan, pues, como si fueran presupuestos para que el delito se haga posible".*

- Al tratar lo atinente a los aspectos subjetivos, Soler recuerda que *"algunos autores al tratar este delito, se envuelven en una serie de consideraciones confusas acerca de la posibilidad de errores, de la frecuencia con que las resoluciones son revocadas por los superiores, de las discrepancias de criterio en la apreciación de la ley. No es posible por esa vía encontrar un criterio nítido del prevaricato. Esas mismas exposiciones, sin embargo, nos muestran que la apreciación objetiva de la resolución, en realidad, no satisface a nadie; todos advierten que el prevaricato no consiste en que una resolución sea contraria a la ley, o en que el juez aplique equivocadamente, el derecho. Si así fuera, efectivamente toda sentencia revocada debería dar lugar a proceso por prevaricación".*

Y agrega: *"Carrara nos ha enseñado a buscar muchos delitos donde efectivamente se encuentran. Así como el perjurio no consiste en la discrepancia entre los hechos afirmados por el testigo y los hechos reales, sino en la diferencia entre los hechos declarados y los hechos sabidos, así el prevari-*

recho declarado y el derecho conocido" por vías de lo cual sostiene que "no basta con demostrar la incorrección jurídica de la sentencia; será preciso mostrar la incorrección moral del juez"[586], ARENAS[587] anota que no son los errores del funcionario lo que se sanciona penalmente, sino sus dolosas violaciones de la ley.

---

cato no consiste en la discordancia entre del derecho declarado y el derecho objetivo; sino entre el derecho declarado y el conocido; no está en la proposición afirmada, sino en "la relación entre esa proposición y el estado de creencia en la mente" del juez. Si no se busca el prevaricato en esa discordancia subjetiva, en vano se lo buscará".

Bajo esta forma de razonar, Soler aporta la siguiente reflexión: *"No existía ni existe, pues, un prevaricato objetivo o inadvertido por el juez. Esta característica determina que para imputar un hecho como prevaricato, no basta mostrar la incorrección jurídica de la sentencia; será preciso mostrar la incorrección moral del juez. Para esto, se hace necesario investigar los motivos que pueden haber torcido el pronunciamiento".*

Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo V. Tipográfica Argentina. Buenos Aires. 1953. 2a reimpresión. Págs. 229-236.

El problema con este tipo de citas es que, de no tomarse ellas en su debido contexto, pueden inducir a error: Como se verá, a diferencia de lo que ocurría con la concusión -que toma nuestro Código Penal de su homólogo italiano-, el prevaricato proviene de la legislación española. Pero, lo que es más, pareceres como los de Soler enseñan la necesidad de auscultar los móviles de la conducta prevaricadora algo que, como se verá más adelante, no es exigido, requerido ni autorizado en nuestro medio, según lo ha puesto de presente la Corte, en repetidas oportunidades.

[586] En varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de manera similar, significando que -en sede del prevaricato- la contradicción no consiste entre el derecho objetivo y el derecho declarado, sino entre el derecho conocido y el derecho declarado. Así, por ejemplo:

- En proveído de Marzo 1o. de 1990, con ponencia del Dr. Edgar Saavedra Rojas:

"...a la luz de este acomodamiento descriptivo, imperioso resulta determinar si la conducta imputada a los funcionarios resulta típica para el delito de prevaricato. El art. 149 del C.P. define este ilícito exigiendo que la resolución proferida por el empleado oficial sea "manifiestamente" contraria a la ley, esto es, que vulnere las disposiciones establecidas con criterio de generalidad en una forma ostensible. Esta caracterización, por tanto, no puede predicarse de la sola contrariedad de la decisión con el texto legal en que se ha debido basar, sino que ha de examinarse de conformidad con parámetros interpretativos, exégesis doctrinales y jurisprudenciales, posibilidades que la misma norma señale en cuanto a su sentido".

- En auto de Mayo 8 de 1991, con ponencia del Dr. Guillermo Duque Ruiz:

"Para que se estructure el delito de prevaricato, no es suficiente con su objetividad. Se requiere, además, como categóricamente lo exige el artículo 5o del Código Penal, que se obre con culpabilidad. Y de las tres formas de culpabilidad reconocidas por el legislador, este ilícito exige el dolo, sin que pueda tenerse como punible a ningún otro título. Y para que pueda afirmarse el dolo en un determinado comportamiento humano, típico, es menester que su autor haya conocido que esa conducta suya era ilícita, y a pesar de ello voluntariamente ejecutarla.

Aplicadas las anteriores nociones generales al prevaricato, para que este delito se configure, el empleado oficial que profirió la resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, tuvo que tener conciencia de ello, es decir, saber que su resolución o dictamen eran contrarios a lo dispuesto por la ley y no obstante, proferirlos voluntariamente. Si por virtud de algún error el empleado oficial creyó que aplicaba la ley correctamente sin que ello resultara cierto, su conducta aunque típica, no sería culpable y por ende no existiría el delito de prevaricato. Por ello es bien conocida la muchas veces citada frase de SOLER: "el prevaricato no consiste en la discordancia entre el derecho declara-

Lo anteriormente consignado conlleva tres anotaciones adicionales:

2.2.2.2.3.1. La primera, que esa violación de la ley debe ser intencional, puesto que es necesario que el funcionario sepa que obra en contra de lo que la ley manda o prohibe, y quiera contrariar, deliberadamente, tal ley: Evidentemente, aunque tal actuación puede encontrar generalmente su explicación en situaciones o sentimientos de amistad o animadversión del funcionario hacia el particular (tal como lo exigía expresamente el artículo 168 del Código Penal de 1936), es claro que ello puede obedecer a otros motivos, los mismos que en ningún caso han sido tenidos en cuenta por el legislador penal de 1980 para caracterizar la estructura del tipo.

Indudablemente por ello, en sentencia de Mayo 20 de 1997, con ponencia del Dr. NILSON PINILLA PINILLA, la Corte señaló:

> "...la ley no exige para que se configure la responsabilidad en el tipo penal consagrado por el artículo 149 del Código Penal, que se prueba que un móvil específico se perseguía con el proveído manifiestamente contrario a la ley; basta, como acaba de decirse, que se haya proferido con conocimiento de su ilicitud. Puede ocurrir que esa finalidad se establezca y pase a ser elemento útil para comprobar la existencia del dolo, sin que con ello quiera significarse que cuando no se acredite, como frecuentemente ocurre, haya de concluirse que no hubo dolo en la actuación.
> No se requiere entonces, en lo que toca con la demostración del dolo en el prevaricato, de ingredientes adicionales, por ejemplo "simpatía" o "animadversión" hacia una de las partes, como lo exigía el Código Penal de 1936. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar así"[588].

---

do y el derecho objetivo; sino entre el derecho declarado y el conocido; no está en la proposición afirmada, sino en la relación entre esa proposición y el estado de creencia en la mente del juez".

- En sentencia de Mayo 11 de 1994, con ponencia del Dr. Guillermo Duque Ruiz:

"Es preciso recordar ahora con el tratadista Sebastián Soler, que el prevaricato "no consiste en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho objetivo; sino entre el derecho declarado y el conocido". Y si se parte de esta premisa, se deduce con claridad que para dar por demostrado un prevaricato, se debe confrontar la decisión tomada con la norma legal, pero teniendo siempre en cuenta el sentido que a este le da quien la aplica. Mas cuanto la violación de la ley se presenta no en forma directa sino a través de la prueba, la confrontación debe hacerse entre la norma legal aplicada y el acervo probatorio obrante en el proceso, pero sin olvidar la convicción alcanzada por el sujeto activo con base en los elementos de juicio por él analizados, que es la que en últimas debe ser objeto de confrontación con la ley aplicada. Aquí también se presenta una contradicción entre la ley y la prueba conocida, tal como la asumió el sujeto agente".

[587] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 67.

[588] Que no es necesario establecer o demostrar el móvil que condujo a la patentización de la conducta prevaricadora, lo ha puesto de presente la Corte en diversas oportunidades, tales como las que se destacan a continuación:

De cualquier suerte, a la luz de lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal, según el cual "la conducta preterintencional o culposa sólo es punible en los casos expresamente determinados en la ley", es claro que el prevaricato por acción debe y tiene que observar la modalidad dolosa[589] de lo cual se desprenden varias consideraciones:

- Proveído de marzo 11 de 1997, con ponencia del **Dr. Juan Manuel Torres Fresneda:**

"Contrario una vez más a lo afirmado, hay en las hojas 32 y siguientes del fallo una estimación primera que a la defensa contradice, cuando la Sala del Tribunal reitera que el fundamento material de la imputación rádica en la contradicción evidente y grosera del derecho aplicable al caso y el que a su arbitrio y sin sustento demostrativo concedió el sentenciado, y al mismo tiempo añade que no es anejo al delito de prevaricato un móvil específico, como lo admite la doctrina de esta Corte, ni enerva la demostración del dolo el que no se llegue a conocer la motivación del servidor oficial cuando se aparta de la ley".

- Proveído de mayo 20 de 1997, con ponencia del **Dr. Nilson Pinilla Pinilla:**

"3o. En torno a la culpabilidad en el delito de prevaricato, el actuar doloso requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia".

Y más adelante:

"No se requiere entonces, en lo que toca con la demostración del dolo en el prevaricato, de ingredientes adicionales, por ejemplo "simpatía" o "animadversión" hacia una de las partes, como lo exigía el Código Penal de 1936. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar así".

- Finalmente, para los efectos ilustrativos que aquí interesa, el proveído de agosto 27 de 1997, proferido con ponencia del mismo **Dr. Juan Manuel Torres Fresneda,** en que se dijo:

"Tampoco con la procesada se puede estar de acuerdo cuando reclama que no se le probó que su decisión se encaminaba al favorecimiento de los procesados, porque si bien podía ser esa una motivación real, lejos estaba de ser la única condicionante de la reprochabilidad penal de su conducta, dado que lo que lleva a imputar jurídicamente la infracción no es un determinado móvil o propósito, sino el consciente y voluntario actuar contrario al deber legal que le imponía obrar de otra manera, el que precisamente queda al descubierto".

[589] Sobre este tema, en particular, también se ha pronunciado en diversas oportunidades la Suprema Corte, como las siguientes:

- En sentencia de Agosto 9 de 1983, con ponencia del **Dr. Alfonso Reyes Echandía** (acogida íntegramente en auto de Noviembre 7 de 1989, con ponencia del **Dr. Jaime Giraldo Angel):**

"Culpabilidad: Puede afirmarse que la culpabilidad es la actitud conciente de la voluntad que da lugar a un juicio negativo de reproche porque el sujeto actuó antijurídicamente pudiendo y debiendo actuar de otra manera, y que en nuestro derecho positivo puede adoptar las formas del dolo, de la culpa o de la preterintención; cuando de la primera de ellas se trata, el agente mediante un acto de acción u omisión emanado con humana libertad de su propio siquismo, realiza un hecho plenamente antijurídico con conocimiento de su típica ilicitud, con conciencia de su antijuridicidad y con voluntad de ejecutarlo.

En tratándose de comportamiento subsumible en el tipo de prevaricato, el actuar doloso requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad del dictamen o de la resolución proferidos, con conciencia

- En primer término, que ese dolo puede vislumbrarse a partir del contenido y, muy especialmente, de la magnitud del yerro mismo en que haya incurrido el agente de la infracción, lo que en muchas oportunidades conducirá a descartar la ignorancia o, aún, la buena fe[590].

---

de que con tal proveído vulnera sin derecho el interés jurídico estatal en la recta y equilibrada solución oficial del conflicto que debe desatar, y voluntad de emitir un proveído ilícito, pudiendo y debiendo haber un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia".

- En sentencia de Julio 15 de 1994, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda:

"Según de modo reiterado lo ha venido afirmando la doctrina de esta Sala, el delito de prevaricato no se configura con la sola demostración objetiva del proferimiento de una resolución manifiestamente contraria a la ley, porque tratándose de una infracción dolosa, es preciso además contar con prueba suficiente del conocimiento que el actor tenía sobre la desviación de su decisión de los cánones legales, y la orientación libre de su voluntad para actuar contrariando el derecho".

[590] Así, por ejemplo, lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia, en proveídos tales como los siguientes:

- Junio 7 de 1985, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez (íntegramente acogida en proveído de Octubre 20 de 1987, con ponencia del Dr. Jorge Carreño Luengas):

"No toda alegación de ignorancia, desconocimiento, yerro, puede constituir manifestación atendible en este campo de la prevaricación.

De ser así, la más notoria contradicción con la ley, con el derecho que se supone conocido, encontraría favorable y exitoso pretexto para desvirtuar el elemento doloso que exige esta figura penal. El funcionario no es ajeno a padecer esa clase de fallas intelectuales y la doctrina abunda en casos en los cuales ha prosperado esta invocación. Pero también la praxis judicial tiene por acertado derrotero, para evitar la impunidad de concientes y buscadas violaciones de la ley, advertir que hay aspectos tan básicos, tan fundamentales y tan simples que no es admisible una exculpación de esta índole, máxime cuando el conocimiento sobre los mismos fluye de manera fácil y atinada y sus propias circunstancias señalan que no era factible incurrir en un desacierto notorio, advertible y advertido".

- Diciembre 3 de 1991, con ponencia del Dr. Edgar Saavedra Rojas:

"Ante la flagrante violación de la ley no es posible admitir la ausencia de intención para realizar la conducta, como lo predican el procesado y su defensor al discutir la culpabilidad del hecho punible, pues la dinámica mental que debe desarrollar un juez al darle aplicación a una determinada norma, necesariamente involucra, de una parte, el estudio de su contenido, y de otra, el análisis de la prueba existente, para comprobar si el resultado probatorio admite o encaja en los presupuestos legales. En el caso examinado, el juez encargado optó por darle aplicación a una norma de uso habitual, existente en la legislación desde hace mucho tiempo, como que ha trascendido las diversas y sucesivas modificaciones del estatuto procesal penal, en consecuencia, ampliamente conocida para quienes como el inculpado, se encuentran vinculados a la rama jurisdiccional de tiempo atrás; por lo tanto, no hay elementos de juicio para concluir que el funcionario podía ignorar el contenido y alcance de la disposición. Por el contrario, tales circunstancias conducen a concluir que tuvo conciencia de que su pronunciamiento era contrario a la ley, y a descartar la ausencia de culpabilidad en la consumación del prevaricato por acción que se imputa a G.V.".

- Noviembre 26 de 1997, con ponencia del Dr. Ricardo Calvete Rangel:

"Como se acaba de advertir, se necesitaba más experiencia para prevaricar que para tomar la decisión que correspondía de acuerdo a la ley. De ahí que la entonces juez se viera precisada a hacer un gran esfuerzo para tergiversar lo que las diligencias revelaban, incurriendo en argumentaciones absurdas y contradictorias, como es sustentar el auto inhibitorio diciendo que se abstiene de iniciar

- En segundo lugar que, como dice ARENAS[591], el prevaricato culposo es inadmisible, ya que no se puede prevaricar por ignorancia, por descuido o por negligencia[592].

- Y, en tercera instancia, que de haber mediado un error, aún en la hipótesis en que el acto objetivo materializado resulte ser manifiestamente contrario a la ley, lo que habrá de deducirse será un error de tipo, en cuanto causal de inculpabilidad, en los términos y condiciones del numeral 4o del artículo 40 del Código Penal[593],

---

investigación porque no es fácil encontrar pruebas que corroboren lo dicho por el denunciante, desconociéndole valor probatorio a la queja, y dejando de lado el dinero allegado con ella; o porque no se pudo establecer quiénes eran los "duros" que pasaban el dinero a la policía, circunstancia que no se necesitaba para deducir la responsabilidad de los policiales y finalmente, porque los cargos presentados por St. Ch., contra los imputados "no fueron fácil de probar", como si la etapa del sumario que se negaba a adelantar no fuera precisamente para eso. Con razón el Tribunal dice que "la resolución inhibitoria se había motivado en sentido diferente a sus conclusiones, lo que arroja de una parte una providencia incongruente y por la otra la intención de desconocer el contenido del art. 555 del Código Penal Militar".

c) Después de hacer un análisis probatorio como el que en un principio contiene la parte motiva de la providencia, resultaba francamente imposible llegar a decisión tan absurda como la tomada, y mucho más si la causal escogida era que la acción penal no podía iniciarse, pues salvo que se tenga el ostensible propósito de dictar una providencia manifiestamente contraria a la ley, se puede concluir que como no es fácil encontrar pruebas que corroboren la seria y fundamentada denuncia, no se puede iniciar la investigación".

[591] Arenas, Antonio Vicente. *Op.Cit.* Pág. 67.

[592] Que se descarta toda posibilidad de Prevaricato en tanto haya mediado error o negligencia, lo ha expresado la Corte en providencia de Junio 24 de 1986 con ponencia del **Dr. Edgar Saavedra Rojas** (acogida en providencia de Enero 29 de 1992, con ponencia del **Dr. Gustavo Gómez Velásquez**):

"Es del propio significado etimológico que surge la idea del contenido comportamental del prevaricato, puesto que por sus raíces latinas el vocablo significa "el que anda con los pies torcidos", indicando que lo decidido debe ser torcido, contrariando el querer de la Ley, pero tal contrariedad no debe ser solamente carácter objetivo, sino que a ello debe agregarse la contradicción entre lo decidido y lo conocido, esto es, supone un comportamiento de mala fe, se debe tratar de una actuación infiel, de allí que con toda razón se haya sostenido que el prevaricato es una falsedad, con contenido subjetivo muy determinado. Supone el prevaricato la existencia de una relación lógica y causal entre la contradicción de la ley, con la decisión tomada y el ánimo perverso y torcido del juez, porque el desacuerdo con la ley debe ser conciente, es decir, que al resolver una determinada situación jurídica dentro del proceso, quien así actúa sepa que con la misma se está contrariando de manera expresa a la ley que dispone o señala caminos diversos de solución. Es entonces la voluntad predeterminada del juzgador de torcer el espíritu de la ley por el impulso caprichoso del mismo, sin que en la actualidad tengan importancia o relevancia los motivos personales que puedan impulsar al juez a tomar la decisión fraudulenta.

Sobre los presupuestos anteriores se ha de reiterar entonces que las decisiones judiciales que se fundamentan en un error, o en la ignorancia, descartan de manera total la existencia del prevaricato, precisamente por ausencia del elemento intencional, imprescindible para poder predicar su consumación".

[593] En reiteradas oportunidades la Corte (como en proveído de Agosto 14 de 1991, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez), ha seguido un parecer expresado en providencia de Mayo 24 de

1983 con ponencia del Dr. Alfonso Reyes Echandía, sobre la problemática del "error", el mismo que se ha llevado al terreno concreto del prevaricato:

"Si, ...en cambio el error existió pero fue fruto de la negligencia, descuido o desatención; si el agente debió y pudo haberlo superado habida cuenta de su condición personal y de las circunstancias en que actuó, persiste la inculpabilidad dolosa por desconocimiento intelectivo de la específica tipicidad de la conducta, pero se abre la perspectiva de una culpabilidad culposa en cuanto incumplió reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico; pero en tal hipótesis, por expresa determinación del inciso final del numeral 4o. del art. 40 del C.P. vigente, "el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo", lo que significa que si solamente admite forma dolosa, habrá de reconocerse exención de responsabilidad".

Idéntico parecer expresó la Corte Suprema de Justicia en los dos fallos que a continuación se relaciona:

- Providencia de noviembre 11 de 1986, con ponencia del Dr. Guillermo Dávila Muñoz:

"Débese recordar que el prevaricato por acción tiene vigencia cuando el empleado oficial profiere resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley (art. 149 Código Penal). Se trata, por lo tanto, de un delito doloso, lo que supone capacidad de conocer y de querer en el agente que la resolución o dictamen sea contrario a la ley, en una palabra que la conducta desplegada es ilícita. O como claramente lo enseña el Código de la materia: "La conducta es dolosa cuando la acepta previéndola al menos como posible" (art. 36).

Por consiguiente, no hay discusión -conforme lo pregonan la defensa, el procesado y el Ministerio Público- que si el agente actúa bajo alguna de las causales previstas en el artículo 40 ibídem, no es culpable precisamente por la falta de dolo. De igual manera si procede por ignorancia excusable.

Es este punto el que conviene examinar para saber si realmente el comportamiento del procesado es doloso o por el contrario -tal como se alega- ajeno de culpabilidad. De insistirse, de una vez, que el hecho punible en su aspecto material no tiene ningún reparo, por encontrarse ampliamente comprobado en el presente caso.

Conviene también, así sea brevemente, memorar que la nueva legislación penal (Decreto 100 de 1980) suprimió algunos ingredientes de carácter subjetivo como la simpatía o animadversión previstos en el prevaricato del Código de 1936. Circunstancia que ha dado pábulo a que incorrectas interpretaciones de la ley o separación de la misma, sean esgrimidas como conductas cobijadas por supuesta buena fe, error o ignorancia del funcionario y por consiguiente exentas de dolo. Pues bien, hay que afirmar que no cualquier pretexto sirve para reconocer inculpabilidad".

- Providencia de agosto 14 de 1991, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez (en la que se acogió íntegramente la providencia de mayo 24 de 1983, con ponencia del Dr. Alfonso Reyes Echandía):

"Pues bien, tratándose del delito de prevaricato su existencia sólo puede predicarse a título de dolo, esto es, cuando se actúa con conciencia y voluntad de la naturaleza criminosa de la resolución o dictamen; o, sin adornos, en palabra de Dohna, sabiéndose lo que se hace. Y, en el auto que se solicita se reponga, precisamente porque nada existía que permitiera aseverar que los Magistrados habían procedido sabiendo que iban en contra de la ley, y, por contrario modo, todo advertía de que obraron como lo hicieron porque entendían que así era como mejor la realizaban, fue por lo que se dispuso no apertura de averiguación penal en su contra.

Y también se enfatizó que procedieron así por error, nacido de su ignorancia. Y, por ello, se entendió que habían sido "inferiores a la misión oficial que les estaba encomendada" disponiéndose en consecuencia que se expidiera copia de lo pertinente con destino a la Procuraduría, para que dentro de la esfera disciplinaria, fueran investigados. Entendía y entiende la Corte, lo que también debe saber un estudiante de derecho, que una determinada conducta, unos mismos hechos, pueden tener trascendencia penal disciplinaria: tenerla sola disciplinaria o únicamente penal. Aquí, se demostró que el

por vías de lo cual se deja en claro la absoluta imposibilidad de deducir aquí -como en cualquiera otra hipótesis delictual- forma alguna de responsabilidad objetiva, esto es, por el mero resultado externo[594].

---

asunto, por aquello de la inexistencia del dolo, que no de la culpa, no alcanzaba en rigor jurídico a comportar siquiera tipicidad penal; pero como uno es el juicio de valor que se emite para tener una conducta como atentatoria del estatuto penal y otro diferente en que ha de vertirse para arribar a la conclusión de la vulneración o no del régimen disciplinario, con lógica fácilmente aplicable, se ordenó que la autoridad competente se pronunciara sobre este último extremo del asunto.

c) Recálquese, por lo que se entendió que la decisión del doctor ... y de sus compañeros de Sala era fruto del error o de la ignorancia, términos que en materia penal suelen utilizarse con un mismo resultado, fue por lo que se asumió la determinación impugnada, ya que ello equivalía a afirmar, como efectivamente se hizo, la ausencia del imprescindible ingrediente subjetivo del delito de prevaricato. Y para que el impugnante aprecie, vea que el criterio que siguió la Corte no fue una invención arbitraria, exclusiva para su caso, quiere ella traer a colación la siguiente jurisprudencia de mayo 24 de 1983. Magistrado ponente Dr. Alfonso Reyes Echandía, así:

"Si... en cambio el error existió pero fue fruto de negligencia, descuido o desatención; si el agente debió y pudo haberlo superado habida cuenta de su condición personal y de las circunstancias en que actuó, persiste la inculpabilidad dolosa por desconocimiento intelectivo de la específica tipicidad de su conducta, pero se abre la perspectiva de una culpabilidad culposa en cuanto incumplió reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico; pero en tal hipótesis, por expresa determinación del inciso final del numeral 4 del artículo 40 del Código Penal vigente "el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo". Y, como se trataba de apertura o no de averiguación penal, para despachar el caso no tenía la Corte por qué acudir al artículo 40-4 del Código Penal, sino que le bastaba hacer referencia a la inexistencia del factor subjetivo, en un evento en el cual tal ingrediente se encuentra ubicado en el tipo penal y de ahí que su ausencia comportara y comporte atipicidad de la conducta. Se rindió pues en la determinación que se recurre culto a la ley y al derecho y no como infamemente se dice, muy seguramente por aquello de que la ignorancia es atrevida, que allí la Corte insistió a delinquir".

En el mismo sentido se pronuncia Gómez Méndez (*Op. Cit.* pág. 121), con soporte en pronunciamientos de la Corte -no transcritos ni reseñados- de septiembre 30 de 1980, mayo 22 de 1981 y julio 8 de 1982.

[594] Que no es viable -como no lo es ante ninguna hipótesis delictual- deducir responsabilidad objetiva en sede del prevaricato, lo evidenció la Corte en providencia de junio 6 de 1985, con ponencia del Dr. Pedro Elías Serrano Abadía (íntegramente acogida y reiterada en proveído de noviembre 11 de 1986, con ponencia del Dr. Guillermo Dávila Muñoz):

"Para que este punible tenga ocurrencia no basta que se deduzca responsabilidad meramente objetiva con evidente desconocimiento de lo previsto en el artículo 5o del Código Penal.

Las circunstancias procedimentales que rodearon la emisión de la providencia cuestionada no permiten calificarla de ilegal puesto que se aprecia con claridad que su autora obró de conformidad con el criterio que tenía sobre la interpretación de la disposición que se aplicó. Es indiscutible que se pueden sugerir otras hipótesis para buscarle solución al mismo problema jurídico, como aquella que con amplitud expuso el Tribunal Superior y que la Sala no comparte. Pero sobre una disparidad de pareceres no se puede dar por comprobado el elemento "manifiestamente ilegal" exigido para la configuración del prevaricato en el artículo 149 del Código Penal en vigencia y menos aún cuando lo manifiesto es aquello que no requiere de muchos análisis ni de razonamientos profundos para su entendimiento.

2.2.2.2.3.2. La segunda, que el hecho de que se considere el prevaricato por acción como una conducta punible dentro de los marcos del Código Penal, no significa que se prohiba o excluya la posibilidad hermenéutica a los funcionarios, esto es, que se esté cercenando a los servidores públicos la posibilidad de practicar su propia y personal interpretación de la ley, tal como lo pusiere de presente la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación, en fallo de Julio 21 de 1983 (reiterado en proveído de Julio 10 de 1996, con ponencia del Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR), al consignar:

> "Cierto que es función del Juez interpretar la ley y que si en el cumplimiento honesto de esa actividad consustancial a su cargo se equivoca o decide en detrimento de derecho ajeno, no incurre en prevaricato ni comete otro delito, especialmente cuando la complejidad del texto examinado o su confusa redacción admiten interpretaciones discordantes. Pero cuando el sentido literal de la norma y su concreta finalidad son suficientemente claros y pese a ello se distorsionan dándoles un alcance que no pueden tener, cuando esa torcida interpretación no se explica por ignorancia o por errónea asimilación de su contenido y cuando, además, ella se concreta en decisión que conculca indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que una tal providencia sería manifiestamente ilegal y, por ende, demostrativa de prevaricato"[595].

Por otra parte forzoso es conceder la razón al Ministerio Público que conceptúa y al apoderado que alega, cuando dicen que no aparece por parte alguna de la providencia examinada la obligada mención del aspecto subjetivo de la conducta que a la procesada se imputa como ilícita. Tal parece, por consecuencia, que se le hubiera deducido una responsabilidad meramente objetiva con evidente desconocimiento de lo previsto en el artículo 5o del Código Penal. Debe agregarse que no existe un solo elemento de juicio que permita deducir que la indagada obró con voluntad y conciencia de transgredir la ley, esto es, con dolo, así en gracia de discusión pudiera considerarse como desacertada su decisión. La reiterada jurisprudencia de la Corte indica la necesidad de comprobar en este delito contra la administración pública la incorrección moral del acusado".

[595] Que la figura del prevaricato en manera alguna cercena o coarta la posibilidad interpretativa de los funcionarios -especialmente los judiciales-, lo ha recalcado la Corte Suprema de Justicia en proveídos tales como los siguientes:

- Proveído de mayo 7 de 1986, con ponencia del Dr. Edgar Saavedra Rojas:

"Las decisiones en abierta contradicción con claras disposiciones de la ley, desconocidas así por el fallador, no pueden ser consideradas como una simple equivocación de éste o como circunstancia de su interpretación con alguna de las partes.

El artículo 149 del Código Penal define el delito de prevaricato por acción como la conducta del funcionario que profiere resolución o dictamen manifiestamente contraria a la ley. Ello significa que en las decisiones de los funcionarios públicos se debe observar plenamente las prescripciones pertinentes sin que le sea permitido apartarse caprichosamente de los límites fijados por la legislación, lo que no implica que se esté impidiendo al funcionario la posibilidad de interpretar las normas de acuerdo con los principios generales del derecho y con las pruebas sometidas a su estudio.

Tradicionalmente ha sostenido la Corte que la simple discordancia de interpretaciones de una norma, entre el funcionario acusado y su acusador no puede constituirse en conducta delictiva. No

Más aún, en orden a clarificar conceptos, habrá que decir varias cosas:

- La primera, que no es tampoco constitutivo o representativo de prevaricato, el hecho de que la providencia proferida por el "a quo", sea posteriormente revocada por el "ad quem", porque lo segundo no significa, necesariamente que se haya materializado prevaricato con el primer pronunciamiento, tal como fuese ello puesto de presente por la misma Corte Suprema de Justicia en auto de única instancia proferido el día 22 de mayo de 1984, con ponencia del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA.

> "...no basta, pues, una discrepancia conceptual entre el funcionario y alguna de las partes sobre aspecto fáctico o jurídico, o interpretación normativa diversa de la predominante, o determinación judicial o administrativa revocada luego en instancia superior por incorrecta, para concluir que se está frente a un prevaricato; hechos confusos, material probatorio que apunte en opuestas direcciones, normas oscuramente redactadas o susceptibles de diversas interpretaciones por su complejidad, pueden dar lugar a decisiones variadas y a veces contrapuestas respecto de situaciones fácticas similares, sin que por ello pueda afirmarse siempre que se ha incurrido en Prevaricato, y esto porque son hombres y por lo mismo sujetos falibles quienes asumen la responsabilidad de interpretar la ley y de resolver con fundamento en ella los conflictos que se les plantean; también por eso el sistema jurídico ha creado los mecanismos de la doble instancia y de los recursos ordinarios y extraordinarios para cerrar en lo posible la brecha de injustas decisiones; así, pues, solamente aquellas determinaciones oficiales de una marcada y protuberante ilegalidad asumen la categoría delictiva de la prevaricación"[596].

---

obstante, si tal interpretación es hecha por el funcionario con desconocimiento de los preceptos que la rigen, su conducta puede adecuarse al tipo penal del prevaricato".

- Proveído de febrero 18 de 1991, con ponencia del Dr. Jorge Enrique Valencia M.:

"Según el artículo 149 del Código Penal, el delito de prevaricato se tipifica cuando la resolución proferida por el funcionario, sea manifiestamente contraria a la ley. Ello significa que no basta la simple discordancia entre el pensamiento del intérprete y lo expresado en la norma.

Aquí cabe resaltar que siendo el derecho una ciencia sujeta a la natural evolución de los tiempos, forzoso es que una disposición legal ha de participar de ella, en igual medida. Postura filosóficas, el momento histórico que se esté viviendo o el mismo caso en estudio que le sirve para concretarse hacen posible que su estructura y alcances, sufran la medida y acomodamiento respectivos.

Así, pues, forzoso es que, al acometerse su estudio, resulten plurales e incluso contrarios desentrañamientos de su espíritu. Sin embargo, todos ellos habrán de tener un elemento común: un estudio claro y juicioso cuyo fundamento se levante sobre sólidas bases jurídicas, respondiendo a una sana lógica y, además, al propósito universal de justicia y equidad que gobierna la aplicación de las normas. Tal el mojón que marca la frontera entre una sana interpretación y un acomodamiento torticero a los propios intereses".

[596] Sobre este tema de las posibilidades interpretativas del fallador, se ha pronunciado en diversas oportunidades la Suprema Corte, de las cuales destacaríamos las siguientes:

- En providencia de Septiembre 22 de 1989, con ponencia del Dr. Jorge Enrique Valencia M. (en la que se acogían pareceres expuestos en el proveído de Abril 4 de 1989, con ponencia del Dr. Rodolfo Mantilla Jácome, en cuanto hace con la invocación de la providencia de Agosto 30 de 1983, proferida con ponencia del Dr. Luis Enrique Aldana Rozo), dijo:

"Desde otro punto de vista, si el fallador, realizando su función ante situación compleja y con posibilidad de incurrir en error, pronuncia su decisión en determinado sentido, fijando su criterio en interpretación de la ley y de la situación respectiva con ánimo de aplicar rectamente las disposiciones legales, de tal actuación no puede inferirse, sin existir ningún otro elemento de juicio, que se ha incurrido en prevaricato por apartarse de la posición de determinada parte. Al respecto, se ha pronunciado esta Sala en los siguientes términos, que es oportuno recordar:

"El derecho no es ciencia causal explicativa, de modo que no admite dogmas, ni afirmaciones que tengan rigidez y exactitud matemáticas; su naturaleza teleológica-valorativa enseña que es mecanismo creado por el hombre para dar una solución a sus conflictos de intereses y que tanto sus cláusulas como las conductas que regula deben ser objeto de interpretación.

Interpretar y desentrañar el sentido de la norma es tarea esencialmente personal en la que la ley y el intérprete se interrelacionan e influyen mutuamente para la solución de un caso particular. De una parte, la ley con su mandato general y abstracto concebido de manera abstracta en cláusulas gramaticales, de otro, el intérprete, influido por sus propias vivencias culturales y por la concepción que tiene del derecho, que busca darle dinámica a esa ley particularizando para el caso concreto el mandato en ella subyacente.

En atención al carácter personal y por tanto subjetivo de la tarea interpretativa, es fácilmente comprensible que con respuesta a un mismo punto jurídico puedan darse respuestas diversas, bien porque se tomen distintas fuentes de solución, bien porque se difiere en el método interpretativo que se escoge. Sinembargo esta es una constante del derecho, de modo que acoger una tesis concreta, cuando mayor razón cuando cuenta con respaldo en el criterio de autoridad, es actitud que no merece de suyo reproche jurídico-penal" (auto, Agosto 30 de 1983. M.P. Dr. L. Aldana Rozo).

"Para determinar si se ha realizado objetivamente la conducta tipificada en el ley como prevaricato, debe examinarse si la providencia cuestionada es o no manifiestamente ilegal, y lo será cuando al emitirla el funcionario haya desconocido o aplicado con ostensible irregularidad la normatividad jurídica, como cuando se sanciona con fundamento en disposición legal ya derogada o aplicando aquella que visiblemente se refiere a situación diversa. Pero cuando aparece que el funcionario ha decidido previo un examen lógico del material probatorio, no cabe imputarle prevaricato con el argumento de que no fue afortunado en su análisis o incurrió en desacierto al realizar el proceso de adecuación típica de la conducta sub-judice, porque para la corrección de estos humanos errores judiciales existen en la ley mecanismos procesales suficientes. No es, pues, la desarmonía de criterios entre el juez y la parte supuesta o realmente lesionada con la decisión de aquel, lo que objetivamente configura prevaricato, sino la protuberancia o ilegal discordancia entre lo que el funcionario hizo y lo que ha debido hacer" (Providencia, Febrero 8 de 1983, M.P. Dr A. Reyes Echandía)".

- En auto de Agosto 14 de 1989, con ponencia del Dr. Rodolfo Mantilla Jacome (en la cual se reiteró el pronunciamiento emitido en auto de Mayo 6 de 1986, con ponencia del Dr. Edgar Saavedra Rojas), se expresó:

"Se ha sostenido por la Sala que "el artículo 149 del Código Penal define el delito de prevaricato por acción, como la conducta del empleado oficial que profiera resolución manifiestamente contraria a la ley. Ello significa que en las decisiones de los funcionarios públicos deben observarse plenamente las prescripciones pertinentes, sin que les sea permitido apartarse caprichosamente de los límites fijados por la legislación, lo que no implica que se esté impidiendo al funcionario la posibilidad de interpretar las normas de acuerdo con los principios generales del derecho y con las pruebas sometidas a su estudio" (Auto de Mayo 6/86 M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas)".

- En providencia de Febrero 18 de 1991 con ponencia del Dr. Jorge Enrique Valencia M. (ratificada con el mismo ponente en proveído de Agosto 16 de 1991), se precisó:

- La segunda, que la mera disparidad de criterios entre el intérprete y/o destinatario de la norma, y el fallador y/o servidor público que emite el acto cuestionado, no estructura, necesariamente, prevaricato: En efecto, del sólo hecho de que el particular no comparta, prohíje o esté de acuerdo con los pareceres del servidor público que emite o profiere el acto por aquel cuestionado, no se sigue, fatal y necesariamente, la estructuración de conducta típica de prevaricato, pues que, como mínimo, será menester que dicho acto sea manifiestamente contrario a la ley, amén de que tal contravía se haya adoptado por el servidor de manera dolosa[597] sin que, por otro lado, deba finalmente establecerse o determinarse, por parte

---

"Según el art. 149 del Código Penal, el delito de prevaricato se tipifica cuando la resolución proferida por el funcionario sea manifiestamente contraria a la ley. Ello significa que no basta la simple discordancia entre el pensamiento del intérprete y lo expresado en la norma. Aquí cabe resaltar que siendo el derecho una ciencia sujeta a la natural evolución de los tiempos, forzoso es que una disposición legal ha de participar de ella, en igual medida. Posturas filosóficas, el momento histórico que se esté viviendo o el mismo caso en estudio que le sirve para concretarse, hacen posible que su estructura y alcances, sufran la medida y acomodamiento respectivos.

Así pues, forzoso es que, al acometerse su estudio, resulten plurales e incluso contrarios desentrañamientos de su espíritu. Sin embargo, todos ellos habrán de tener un elemento común: un estudio claro y juicioso cuyo fundamento se levante sobre sólidas bases jurídicas, respondiendo a una sana lógica y, además, al propósito universal de justicia y equidad que gobierna la aplicación de las normas. Tal el mojón que marca la frontera entre una sana interpretación y un acomodamiento torticero a los propios intereses".

[597] Igualmente plurales han sido los proveídos emitidos por la Corte Suprema de Justicia en relación con este tema, de los cuales podrían reseñarse los siguientes.

- Providencia de enero 26 de 1982, con ponencia del Dr. Alvaro Luna Gómez:

"La simple oposición de criterios entre el funcionario y el litigante, no es motivo suficiente para predicar una conducta contraria a derecho, para ello es necesario que exista una inequívoca oposición entre la resolución tomada y el derecho que ha debido aplicarse al caso concreto.

Con frecuencia la denuncia dirigida contra las autoridades jurisdiccionales por supuesta prevaricación se asienta en la inconformidad de los litigantes con las decisiones de aquéllas, en la creencia de que la simple oposición de criterios relieva el proceder contra derecho del funcionario, cuando lo cierto es que esa forma de delincuencia exige, que entre la determinación del empleado oficial y lo dispuesto por la ley para el caso concreto, exista oposición evidente e inequívoca. Así se desprende del contexto del artículo 149 del estatuto penal vigente al normatizar el prevaricato por acción".

- Providencia de Mayo 22 de 1984, con ponencia del Dr. Alfonso Reyes Echandía (ratificada con el mismo ponente, en Julio 31 de 1984):

"La conducta descrita como prevaricato en el art. 149 del C.P. consiste en proferir resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, es decir, auto, sentencia, decreto, resolución propiamente dicha o cualquier otro acto oficial mediante el cual el funcionario decida o emita opinión sobre asunto de su competencia, que evidencien ostensible ilegalidad; no basta, pues, una discrepancia conceptual entre funcionario y alguna de las partes sobre aspecto fáctico o jurídico, o interpretación normativa diversa de la predominante, o determinación judicial o administrativa revocada luego en instancia superior por incorrecta, para concluir que se está frente a un prevaricato: hechos confusos, material probatorio que apunte en opuestas direcciones, normas oscuramente redactadas o susceptibles de diversas interpretaciones por su complejidad, pueden dar lugar a decisiones variadas y en veces contrapuestas respecto de situaciones fácticas similares, sin que por ello pueda afirmarse siempre que se ha incurrido en prevaricato, y esto porque son hombres y por lo mismo sujetos falibles quienes

asumen la responsabilidad de interpretar la ley y de resolver con fundamento en ella los conflictos que se les plantean; también por eso el sistema jurídico ha creado los mecanismos de la doble instancia y de los recursos ordinarios y extraordinarios para cerrar en lo posible la brecha de injustas decisiones; así, pues, solamente aquellas determinaciones oficiales de una marcada y protuberante ilegalidad asumen la categoría delictiva de la prevaricación".

- Providencia del marzo 4 de 1986, con ponencia del Dr. Jorge Carreño Luengas:

"El delito de prevaricato se estructura cuando se demuestra la arbitrariedad e injusticia de una decisión, pero no cuando sólo hay discrepancia entre el funcionario acusado y una de las partes. Se puede concluir de todo lo anterior, que en el caso sub examine, no existe sino una simple discrepancia conceptual sobre el funcionario acusado y una de las partes, en relación con la interpretación de las normas que rigen la materia, sin que pueda afirmarse que la Sala se encuentra en presencia de alguna protuberante irregularidad o ilegalidad.

[...]

El delito de prevaricato imputado al acusado, se estructura cuando el funcionario oficial profiera resolución manifiestamente injusta, en acto arbitrario que no depende de la ley, sino, únicamente del capricho del funcionario. Pero interpretar en forma diferente una norma legal en cuanto a su alcance y contenido, no puede constituir en modo alguno un hecho punible. Como lo ha expresado esta Corporación, para efectos penales el delito de prevaricato es necesario demostrar la arbitrariedad e injusticia de los actos judiciales que no se puedan presumir".

- Providencia de julio 23 de 1986, con ponencia del Dr. Guillermo Duque Ruiz:

"La simple discrepancia de criterios entre funcionarios, así existiera entre ellos una relación de jerarquía sobre asuntos eminentemente controvertibles, no puede jamas, por sí sola, dar lugar a la configuración de un abuso de autoridad ni mucho menos de un prevaricato. Las normas jurídicas, por ser redactadas con criterio de generalidad tienen necesariamente que ser aplicadas al caso particular, labor que ciertamente no es fácil y que a menudo conduce a resultados distintos a los diferentes intérpretes. Esto es normal que así suceda frente a la independencia de que gozan los juzgadores al interpretar la ley".

- Providencia de Enero 31 de 1989, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez:

"... esa oposición de criterios entre la parte vencida, con el impreso en las determinaciones del fallador, jamás pueden configurar delito porque de ser así la administración de justicia se tornaría un imposible, ya que si justamente el fundamento de su existencia es la solución de los conflictos, dándole a cada quien lo que en derecho le corresponde, no puede comportar nunca que su obligación sea la de acceder a todo lo pedido, así el peticionario no tenga la razón, bajo pena de ser el funcionario tenido por delincuente y so capa de que su opinión jurídica no favoreció los intereses de aquel que sigue creyendo estar en posesión de la verdad".

- Providencia de Abril 4 de 1989, con ponencia del Dr. Rodolfo Mantilla Jácome:

"... en casos como el presente, la Corte ha reiterado su criterio en cuanto considera que la disparidad de criterios en torno a una cuestión de derecho, objeto de interpretación, sin desbordar los límites impuestos, no genera delito de prevaricato; se dijo:

"El artículo 149 del Código Penal define el delito de prevaricato por acción como la conducta del funcionario público que profiere resolución manifiestamente contraria a la ley. Ello significa que en las declaraciones de los funcionarios públicos se deben observar plenamente las prescripciones pertinentes, sin que les sea permitido apartarse caprichosamente de los límites fijados por la legislación, lo que no implica que se esté impidiendo al funcionario la posibilidad de interpretar las normas de acuerdo con los principios generales del derecho y con las pruebas sometidas a estudio".

"Tradicionalmente ha sostenido la Corte que la simple discordancia de interpretaciones de una norma, entre el funcionario acusado y su acusador no puede constituirse en conducta delictiva" (auto C.S.J. de Mayo 7/86)".

- Providencia de noviembre 22 de 1989, con ponencia del Dr. Rodolfo Mantilla Jácome:

"Se precisa recordar que esta Corporación en numerosas ocasiones se ha referido con suficiencia a los elementos que estructuran el tipo penal de que se acusa a los funcionarios y ha puntualizado que la simple discordancia de interpretación de una norma no configura per se conducta delictiva, siempre y cuando ella se ajuste a los principios generales del derecho y a las pruebas sometidas a consideración del funcionario, como se señaló, entre otras, en la decisión del 7 de mayo de 1986 con ponencia del honorable magistrado Edgar Saavedra Rojas, así:

"El artículo 149 del Código Penal define el delito de prevaricato por acción como la conducta del funcionario que profiere resolución o dictamen manifiestamente contraria a la ley. Ello significa que en las decisiones de los funcionarios públicos se deben observar plenamente las prescripciones pertinentes, sin que les sea permitido apartarse caprichosamente de los límites fijados por la legislación, lo que no implica que se esté impidiendo al funcionario la posibilidad de interpretar las normas de acuerdo con los principios generales del derecho y con las pruebas sometidas a su estudio.

Tradicionalmente ha sostenido la Corte que la simple discordancia de interpretación de una norma, entre el funcionario acusado y su acusador, no puede constituirse en conducta delictiva. No obstante si tal interpretación es hecha por el funcionario con desconocimiento de los preceptos que la rigen, su conducta puede adecuarse al tipo del prevaricato".

Conforme lo anterior y el recuento de la actuación de los funcionarios vinculados, se determina que en sus decisiones no se omitieron consideraciones de índole legal y que ellas se ajustaron, no solamente a las interpretaciones reconocidas por la jurisprudencia y la doctrina, sino a las pruebas contenidas en el proceso mismo".

- Providencia de Febrero 13 de 1991, con ponencia del Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez:

"Copiosa y de larga data ha sido la jurisprudencia al señalar que en tratándose de la natural diferencia de criterios en cuanto a la exégesis y ulterior aplicación de normas legales a un caso concreto, suscitada bien entre los funcionarios que atienden al desarrollo de este o a virtud de planteamientos formulados por los sujetos procesales, los proveimientos que en condiciones de tales se dicten no constituyen, per se, actos de prevaricación, a no ser, claro está, que de su contexto pueda deducirse una ostensible violación de la ley por haber sido aplicada en exceso o con defecto o indebidamente o hecho caso omiso de su letra y espíritu, siempre y cuando que de una conducta tal se desprende una clara intención del empleado oficial por quebrantar el imperio legal-normativo y, por lo mismo, en detrimento no sólo del bien-interés tutelado de la Administración Pública o de la Justicia, sino de los asociados que de manera individual o colectiva acuden ante aquellos en aras al reconocimiento o defensa de un derecho y quienes de un modo u otro y conforme a sus pretensiones se ven protegidos o afectados por las condignas decisiones legales".

- Providencia de Noviembre 6 de 1991, con ponencia del Dr. Jorge Carreño Luengas:

"La simple disparidad de criterios o de pareceres entre el funcionario y una de las partes intervinientes en el proceso en cuanto a la equivocada apreciación de las pruebas o de las normas legales aplicables al caso -ha repetido fatigosamente la Corte- no es motivo suficiente para predicar una conducta contraria a derecho en la hipótesis de prevaricato por acción de que trata el art. 149 del C.P. pues para ello es necesario que exista una inequívoca o manifiesta oposición entre la resolución tomada y el derecho que ha debido aplicarse.

Ha expresado también esta Corporación que "No es, pues, la desarmonía de criterios entre el juez y la parte supuesta o realmente lesionada con la decisión de aquel, lo que objetivamente configura prevaricato, sino la protuberante e ilegal discordancia entre lo que el funcionario hizo en la providencia y lo que debió hacer" (Auto de 8 de Febrero de 1983 Dr. Alfonso Reyes Echandía)".

del fallador, cuál era el criterio válido adecuado o correcto que debía haber seguido el funcionario acusado de prevaricato, según pareceres expuestos por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto 18 de 1991 proferida con ponencia del Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ:

> "Sería pues esta una tercera interpretación de los hechos que, por contrario modo a lo sostenido por el Tribunal y la Delegada, tolera llegar a la consideración de la existencia de estafa, así este delito se estructure sobre supuestos en rigor no exactos a aquellos en que lo edificaron los jueces acusados. Disparidad de criterios, desde luego; enfoques diversos de un mismo asunto, obvio; pero en manera alguna y en ninguna de las tesis expuestas, inferencia de la que, por la misma, pueda desprenderse ilícito de prevaricato, pues no cabe oportunidad de predicar contrariedad manifiesta con la ley.
> Recuérdese que en eventos como el presente, la Corte no está en la obligación de señalar cuál de los encontrados puntos de vista en derecho es el que consulta la mejor doctrina o el que de manera más valiosa ausculta la realidad procesal, sino que le basta con precisar si la

---

- Providencia de agosto 27 de 1997, con ponencia del Dr. Dídimo Páez Velandia:

"12. No se trata tampoco como lo afirma la defensa en su escrito sustentatorio de la impugnación, de un asunto de opinión o de criterio, el que efectivamente se encuentra previsto dentro de la autonomía del juez, o de un error de interpretación, sino de un pronunciamiento contrario a derecho, con violación manifiesta y voluntaria de su deber de acatar la Constitución y la ley (art. 230 de la Carta Política), pues como ya se dejó ampliamente establecido, ante mandatos expresos contenidos en las preceptivas que el funcionario conocía, no podía desatender bajo ningún pretexto, menos ignorar olímpicamente, la decisión debía concluir con la improcedencia del amparo solicitado por el accionante, pero para producir los efectos queridos, recurrió sin reparo alguno a desacatar en la providencia, en forma genérica, lo que jurisprudencial y doctrinariamente se ha escrito sobre los derechos fundamentales, para luego sin argumentación válida, siquiera aproximada a lo que dentro del proceso se hallaba probado y que tenía incidencia en la determinación a tomar, prefirió hacer referencia a situaciones subjetivas que el libelista le presentó, para dar por cierto el quebrantamiento de derechos como el del trabajo, la intimidad personal y familiar, el buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad y la honra, invocados en cabeza del libelista, ...".

- Providencia de septiembre 23 de 1998, con ponencia del mismo Dr. Dídimo Páez Velandia:

"No se trata pues en este caso de un asunto de opinión o de criterio, el que efectivamente se encuentra previsto dentro de la autonomía de juez, o de un error de interpretación, sino de un pronunciamiento que bien miradas las cosas, no permite afirmar que sea contrario a derecho, con violación manifiesta y voluntaria de su deber de acatar la Constitución y la Ley (art. 230 de la Carta Política), pues como ya se dejó ampliamente establecido, ante mandatos expresos contenidos en las preceptivas que la funcionaria conocía y aplicó, no podía desatenderlos bajo ningún pretexto, menos ignorar olímpicamente que se hallaba ante una duda insalvable que le impedía impartir una acusación, por lo que necesariamente su decisión se produjo conforme al ordenamiento legal vigente ya citado.

No se dan pues en este caso concreto los presupuestos necesarios para proferir sentencia condenatoria contra la doctora C.G. ya que las circunstancias analizadas en precedencia permiten a la Corte afirmar que no existe duda sobre la inocencia de la funcionaria, lo que impone la revocatoria del fallo impugnado, pues se reitera que solamente prevarica el funcionario que conscientemente sustituye la voluntad de la ley para anteponer la propia, por simple arbitrariedad lo cual brilla por su ausencia en el caso que ocupa la atención de la Corte".

determinación de la que se desprende la conclusión prevaricadora es o no manifiestamente contraria a la ley u ostensiblemente opuesta a lo fáctico del proceso. Y por lo visto, quedó claro que cuando los jueces acusados arribaron a la estafa, lo así colegido tiene asidero en la normatividad jurídica y en lo objetivo del proceso, esto es, que le son ajenos predicamentos de arbitrariedad o injusticia".

- Y la tercera, que una tal figura delictual se vé desdibujada ante un criterio racional y, de manera particular, cuando se trata de la interpretación de normas complejas: Cuando se evidencia la intención de acertar, plasmada en la presentación y exposición de un criterio racional, debidamente fundado en la ley y en las pruebas[598] queda excluida toda posibilidad de estructuración del prevaricato, espe-

---

[598] Paradigma de providencias en que la Suprema Corte ha expresado similar parecer, podrían ser las siguientes:

- Abril 2 de 1987, con ponencia del **Dr. Lisandro Martínez Zúñiga:**

"Para determinar si se ha realizado objetivamente la conducta tipificada en la ley como prevaricato, impera examinarse si la providencia cuestionada es o no manifiestamente ilegal, o sea, si cuando al proferirla el funcionario desconoció o aplicó con ostensible irregularidad la normatividad jurídica, lo cual implica colegir que cuando aparece que la decisión corresponde a un examen lógico del material probatorio, a una viable interpretación de la ley, o a la aplicación de principios sustantivos o procesales reconocidos doctrinariamente, no cabe imputarle prevaricato con el argumento de que no fue afortunado en su análisis porque no se comparte su criterio".

- Mayo 8 de 1987, con ponencia del **Dr. Edgar Saavedra Rojas:**

"Para terminar esta controversia, basta señalar cómo esta Sala se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido de que las interpretaciones lógicas y coherentes de la ley no constituyen por sí mismas delito de prevaricato, porque para la estructuración de esta figura es indispensable que la decisión del funcionario sea manifiestamente contraria a derecho, esto es, que vulnere los principios de hermenéutica jurídica, y estén dirigidos a lesionar el interés jurídico de la administración de justicia. De estas decisiones, bien puede señalarse como relevante la contenida en la decisión de fecha siete (7) de Mayo de Mil Novecientos Ochenta y Cinco (1985), con ponencia del **Dr. Luis Enrique Aldana Rozo:**

"Las circunstancias procedimentales que rodearon la emisión de la providencia cuestionada no permiten calificarla de ilegal, puesto que se aprecia con claridad que su autora obró de conformidad con el criterio que tenía sobre la interpretación de la disposición que aplicó. Es indiscutible que pueden surgir otras hipótesis para buscarle solución al mismo problema jurídico, como aquella que con amplitud expuso el Tribunal Superior y que la Sala no comparte. Pero sobre una disparidad de pareceres no se puede dar por comprobado el elemento "manifiestamente ilegal" exigido para la configuración del prevaricato en el artículo 149 del Código Penal en vigencia, y mucho menos aún cuando lo manifiesto es aquello que no requiere de muchos análisis ni de razonamientos profundos para su entendimiento".".

- Septiembre 20 de 1995, con ponencia del **Dr. Dídimo Páez Velandia:**

"En consecuencia, jamás puede predicarse que un juez prevarica cuando en la actividad de administrar eficaz justicia racionalmente interpreta la ley, en busca de la realización del derecho material, porque en ese evento no hay discordancia entre el derecho declarado y el conocido, ni se traiciona lo que el desempeño del deber y la obediencia a la ley exigen, ni, en fin, cabría el juicio de que la deci-

cialmente en aquellos eventos en que se trata de la hermenéutica de normas o instituciones particular o específicamente complejas, tal como lo pusiese de presente la Corte Suprema de Justicia, en proveído de Agosto 16 de 1983, con ponencia del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, al predicar:

> "Es cierto que es función del juez interpretar la ley y que si en el cumplimiento honesto de esa actividad consustancial a su cargo se equivoca o decide en detrimento de derecho ajeno, no incurre en prevaricato ni comete otro delito, especialmente cuando la complejidad del texto examinado o su confusa redacción admiten interpretaciones discordantes. Pero cuando el sentido literal de la norma y su concreta finalidad son suficientemente claros y pese a ello se distorsionan dándoles un alcance que no pueden tener, cuando esa torcida explicación no se explica por ignorancia o por errónea asimilación de su contenido y cuando, además, ella se concreta en decisión que conculca indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que una tal providencia sería manifiestamente ilegal y, por ende, demostrativa de prevaricato"[599].

---

sión adoptada es manifiestamente contraria a la ley, como lo exige el dispositivo penal que tipifica esta infracción".

- Diciembre 13 de 1995, con ponencia del Dr. Carlos E. Mejía Escobar:

"En este punto bien vale la pena precisar que para desvirtuar la tipicidad del prevaricato por acción no se requiere que la decisión cuestionada se base en fundamentos jurídicamente irrefutables, sino que basta con que corresponda a criterios lógicos y razonablemente sostenibles aunque a la postre no merezcan el respaldo de la mayoría o sean desestimados como verdad objetiva.

Sobre el particular ha dicho la Sala:

"...La tipicidad de la conducta no se satisface con la simple expedición de un pronunciamiento errado porque el tipo del art. 149 del Código Penal exige como elemento normativo que aquella contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o de tal grado ostensible que se demuestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse" (Sentencia Segunda Instancia. Radicación 7918, Abril 15/93, M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda)".

[599] Particularmente significativa en punto del esclarecimiento de aquellas situaciones en las que se pretende amparar una determinación contraria a la ley en una extensa argumentación, resulta ser la providencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, el día 26 de junio de 1998, con ponencia del **Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego**, cuando se anotó:

"1. Aunque no deja de ser relevante el examen de la doctrina y la jurisprudencia sobre el derecho fundamental constitucional del hábeas corpus, dado que ello puede contribuir a establecer si en realidad existe una resolución manifiestamente contraria a la ley o se trata más bien de una interpretación loable de las normas, lo cierto es que la dirección típica de la norma sobre prevaricato exige primero y directamente una confrontación entre la decisión proferida por el acusado y la ley. Puede ser que el juicio de reproche requiera de la clarificación que eventualmente surge de las explicaciones del procesado en el curso de sus intervenciones, o de las reflexiones de los distintos sujetos procesales en torno a lo que significa el presupuesto fáctico y jurídico sobre el cual se edifica la prevaricación, o de los pareceres de otras autoridades judiciales, pero lo primero que debe enfrentar el juzgador es lo que hizo el inculpado en la resolución redargüida de ostensiblemente ilegal, pues, por lo obvio, es en este momento cuando se realiza la conducta juzgada y no, verbigracia, en la indagatoria o la audiencia

2.2.2.2.3.3. Y, finalmente, la tercera, que por manifiestamente contrario a la ley se entiende aquello que de manera evidente, palmaria, protuberante, si se quiere, grosera, aparece como contradictorio frente a los mandatos, permisiones o prohibiciones de la ley, recordando que ha sido esa, precisamente, la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia en repetidas oportunidades[600].

---

pública, oportunidades estas en las cuales se producen los descargos o explicaciones sobre los hechos que ya se habían consumado.

2. De igual manera, la adecuación típica del delito de prevaricato debe surgir de un cotejo simple del contenido de la resolución o dictamen y el de la ley, sin necesidad de acudir a complejas elucubraciones o a frecuentes y refinadas interpretaciones, pues un proceso de esta índole escaparía a una expresión auténtica de lo "manifiestamente contrario a la ley". Así entonces, para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva, que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora (juicio ex ante y no a posteriori). Desde luego que si el objeto de examen es una decisión ostensiblemente contraria a la ley, el juzgador puede abstenerse de señalar el "deber ser" legal que este conocía (no aquel) y que obviamente estaba al alcance de sus posibilidades.

3. Todo ello por cuanto las investigaciones penales y disciplinarias no pueden convertirse en el expediente para menguar el principio de independencia judicial dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, conforme con el cual los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, pero en todo caso sí a ella y no a su capricho (Const. Pol. Art. 230)".

Y más adelante:

"... Además, la decisión será "manifiestamente contraria a la ley" no solo cuando se le adorna de abundantes citas normativas, doctrinarias o jurisprudenciales que no pertenecen a su contexto de justificación material, que sólo sirven de pretexto al fraude, sino también cuando maliciosamente no se le acompaña de las respectivas razones justificatorias u objetivas, es decir, de un análisis de los hechos en relación con el precepto legal pertinente, así sea breve".

[600] En efecto, múltiples han sido los fallos emitidos por la Suprema Corte explicando lo que por "manifiestamente contrario" a la ley debe entenderse, de los cuales cabría subrayar los siguientes:

- Marzo 12 de 1985, con ponencia del Dr. Dante Fiorillo Porras:

"Para que una conducta pueda subsumirse o adecuarse al tipo penal de prevaricato es requisito primordial que el funcionario haya dictado una resolución MANIFIESTAMENTE CONTRARIA A LA LEY, esto es, que desestime en forma ostensible, lo que aquella le indica, ya sea ordenando, prohibiendo o permitiendo y enrumbe su decisión hacia otros derroteros no fijados por la norma; pero si dentro de la órbita de su competencia el empleado oficial profiere autos o sentencias en los cuales debe hacer un esfuerzo mental para la interpretación de la ley, tal comportamiento no puede considerarse encuadrado dentro de las normas que definen ese delito sino dentro de las que le obligan a aplicarla, según su sano criterio, en cada caso concreto en particular".

- Agosto 15 de 1989, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez:

"De los términos utilizados por el artículo 149 del Código Penal se infiere que la contradicción de la resolución o dictamen con la ley debe ser ostensible, calidad ausente cuando para establecer la violación de las normas es necesario acudir a un verdadero arsenal de razonamientos derivados de complejas relaciones y matices, discernibles sólo con el auxilio de distinciones muy sutiles".

- Abril 15 de 1993, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda:

"...La tipicidad de la conducta no se satisface con la simple expedición de un pronunciamiento errado porque el tipo del art. 149 del Código Penal exige como elemento normativo que aquella

En efecto, en auto de Febrero 8 de 1993, con ponencia del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, la Corte Suprema de Justicia conceptuó:

> "Para determinar si 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 el funcionario haya desconocido o aplicado con ostensible irregularidad la normatividad jurídica, como cuando sanciona con fundamento en disposición legal ya derogada o aplicando aquella que visiblemente se refiere a situación diversa. Pero cuando aparece que el funcionario ha decidido previo un examen lógico del material probatorio, no cabe imputarle prevaricato con el argumento de que no fue afortunado en su análisis o que incurrió en desacierto al realizar el proceso de adecuación típica de la conducta sub iúdice, porque para la corrección de esos humanos errores judiciales existen en la ley mecanismos procesales suficientes. No es, pues, la desarmonía de criterios entre el juez y la parte supuesta o realmente lesionada con la decisión de aquel, lo que objetivamente configura prevaricato, sino la protuberante e ilegal discordancia entre lo que el funcionario hizo en una providencia y lo que ha debido hacer". (Negrillas fuera del texto).

De lo expuesto se sigue, entonces, que no solo se puede configurar un prevaricato por el proferimiento de una resolución -entendido el concepto de manera amplia- contraria a la ley sustancial sino que, también, puede edificarse una tal conducta punible cuando esa resolución es contraria a la ley adjetiva, como sucede cuando se práctica una evaluación probatoria diametralmente reñida con los resultados informativos del plenario[601].

---

contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o de tal grado ostensible que se demuestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse".

[601] Así, por ejemplo, lo evidenció la Corte en sentencia de mayo 20 de 1997, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla, cuando precisó:

"Al soslayar de esta manera el motivo central del pronunciamiento, los Magistrados integrantes de la Sala evidenciaron su proceder antijurídico, propiciatorio de una absolución ostensiblemente opuesta a lo que dictaban las pruebas recopiladas, que en todo caso debieron ser objeto de una valoración directa y no evasiva, por la probabilidad de que condujeran a una sentencia diferente, como posteriormente se determinó.

Por esa actuación de dicha Sala, resultaron vulnerados el art. 247 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente y las disposiciones sustantivas definitorias de la participación y de los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación.

Conductas como la realizada por los otrora Magistrados enjuiciados vulneran el bien jurídico de la administración pública, al punto de atentar contra el interés que tiene el Estado en que las determinaciones de sus servidores se ajusten a la legalidad y constituyan fiel instrumento para resolver, de acuerdo con la ley, el suceso que se les plantea.

Al dictar la sentencia controvertida, los procesados, contrariamente a su deber jurídico de actuar conforme a derecho, conculcaron sin justificación alguna aquel bien, cuya tutela les fue confiada en razón del cargo que ocupaban".

3. LA CONDUCTA.

La conducta ejecutiva propia del prevaricato por acción consiste, precisamente, en que el servidor público profiera el acto contrario a la ley, bajo las condiciones y exigencias aquí examinadas, y ya sabemos, puesto que de ello nos ocupamos en páginas precedentes, que proferir, es pronunciar, emitir, expedir.

Siendo ello así, entonces, viable, al menos desde el punto de vista estrictamente jurídico (pues que otra cosa será su posibilidad fenoménica), será concebir la posibilidad de una tentativa de prevaricato, especialmente, como dice GÓMEZ MÉNDEZ[602], tratándose de las "determinaciones que deben tomar las corporaciones donde el ponente o sustanciador presenta un proyecto de resolución manifiestamente contrario a la ley."[603].

---

[602] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 118.

[603] Justo será reconocer que se trata aquí de un parecer que no ha sido de recibo en el máximo tribunal de justicia en nuestro medio, como que en proveído de Junio 20 de 1989, con ponencia del Dr. Guillermo Duque Ruiz, apuntó:

"Mientras no exista la voluntad de que un proyecto se convierta en providencia, manifestada esta voluntad con la decisión de hacer que el proyecto se agregue al proceso en la forma prevista por la ley y sea conocido por las partes, el escrito, así ostente todas las firmas necesarias para darle aparente validez, no es más que un simple proyecto, máxime cuando su incorporación al proceso, como sucedió en el caso sub-exámine, está sometida a una específica oportunidad procesal (dentro de la audiencia y después de escuchar las alegaciones de las partes) y también al cumplimiento de una condición, cual era la de que los alegatos de las partes no cambiaran la decisión inicial adoptada en el proyecto.

Las anteriores consideraciones conducen a la Sala a abstenerse de iniciar investigación penal, porque los hechos denunciados no tipifican ningún delito (art. 352 C. de P.P.). No el de prevaricato por acción, porque los Magistrados denunciados no produjeron ninguna resolución contraria a la ley ni pretendían desconocer los derechos de las partes cuyos intereses se enfrentaban en el ya referido proceso laboral: tampoco el de falsedad documental, porque como se analizó, no es posible darle la calidad de documento público a un escrito que por voluntad de sus autores sólo la tendría en una oportunidad procesal futura y determinada por la misma ley (la audiencia) y siempre que se cumpliera una condición: que como consecuencia de las alegaciones de las partes, los Magistrados no modificaran su inicial criterio acogido en el proyecto.

Pero como es posible que los Magistrados, con su comportamiento, hubieren infringido el régimen disciplinario, se ordenará expedir copias de las presentes diligencias con destino a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, para los fines pertinentes".

- Y en auto de Febrero 13 de 1991, con ponencia del Dr. Dídimo Páez Velandia se practicó la siguiente reflexión:

"El punto de discrepancia, objeto de impugnación, es si la imputación consistente en autocomisionarse para asumir una competencia que por razones territoriales no le pertenecía, constituye el delito de abuso de función pública tipificado en el art. 162 del C.P., o el de Prevaricato por Acción descrito en el 149 ibídem.

En el servicio público constituye regla fundamental el principio de solamente poder hacer lo permitido por la ley: y para saber qué es lo que permite la ley ha de acudirse necesariamente a la competencia. La Constitución, en su art. 63, exige que al crearse un cargo oficial debe asignársele funciones detalladas, y en el art. 20, responsabiliza al funcionario no sólo por quebrantamiento de la Carta y de las Leyes, sino específicamente "por extralimitación de funciones".

4. CONCURSO DE TIPOS.

Tres hipótesis caben ser examinadas aquí, en orden a determinar si se presenta o no concurso efectivo de tipos penales:

4.1. La primera apunta a la posibilidad de que se plantee un concurso efectivo de tipos penales entre el prevaricato por acción y el abuso de autoridad, recordando lo que anteriormente proponíamos con base en algún pronunciamiento de la Corte Suprema, en el sentido de que habían algunas infracciones a la ley, patentizadas en la expedición de un determinado acto por parte de un funcionario, que al no ser en ellas tan evidente la contradicción con la ley no admitían ser consideradas como prevaricato, pudiendo tan solo configurar un abuso de autoridad.

Ese problema hermenéutico había sido ya propuesto en proveído de junio 12 de 1990 en que, con ponencia del Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS, la Corte dijo:

> "...Si bien doctrina y jurisprudencia han reconocido que los delitos de prevaricato (Título III, Capítulo VII) y abuso de autoridad (Título III, Capítulo VIII) se hallan caracterizados por el ejercicio extralimitado de la autoridad que la ley le confiere a los funcionarios públicos, y que -con algunas excepciones- el prevaricato no es más que una especie del segundo, no puede concluirse de allí que una conducta delictiva pueda adecuarse indistintamente a una u otra de las figuras delictivas citadas".

Planteada así la situación, queda entonces claro, desde ya, que lo único que opera entre estas dos figuras delictuales -en tanto se trate de una sola conducta con un solo resultado fenoménico-, no es más que un concurso aparente de tipos penales. Y, de paso, ha quedado claro que mientras esas dos hipótesis encierran, ambas, un abuso de autoridad, mientras la una comporta el género, la otra reviste el carácter de especie, según fuese ello reiterado por la misma Corte Suprema de Justicia, en providencia de abril 22 de 1982, con ponencia del Dr. LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO:

> "... la diferencia entre el abuso de autoridad y el prevaricato, fuera de ser el primero el genero y el segundo la especie, o, dicho de otro modo, existir el primero cuando no puede decirse existente el segundo, es más cuantitativa que cualitativa.
> Vale decir, en sustancia ambos ilícitos vienen a ser abusos de poder, pero mientras en el prevaricato se exige, sobre todo en el nuevo Código Penal (art. 149), que el acto se aparte ostensiblemente de la ley, tal cosa no es necesaria en el abuso de autoridad".

El Legislador ha desarrollado estos principios penalmente en varias disposiciones o tipos penales, uno de ellos es el denominado "Abuso de Función Pública" (art. 162) que se da cuando un funcionario público prevalido de su cargo, con conocimiento y voluntad asuma una función que la ley dio o asignó a otro".

Como se ve, podríamos hasta ahora decir dos cosas fundamentales: La una, que comportando ambos tipos penales un abuso de poder, entre ellas no se presenta más que un concurso aparente de tipos penales. Y la segunda, íntimamente vinculada con la anterior, que mientras el abuso de autoridad sería el género, el prevaricato por acción sería la especie. Lo que todavía no es totalmente claro, es cómo podemos diferenciar cabalmente una y otra figura, si bien la corte Suprema de Justicia, en el fallo últimamente citado se aventuró a decir que la diferencia era cuantitativa, más que cualitativa.

Para nosotros, apartándonos parcialmente de este último pronunciamiento, la diferencia es tanto cuantitativa como cualitativa:

- Cuantitativa, porque mientras en el prevaricato por acción se exige que el acto proferido deba conjugar la característica de ser manifiestamente contrario a la ley, en el abuso de autoridad se trata es de que el acto sea injusto o arbitrario: Y es claro que mientras lo injusto puede ser, inclusive, legal; lo arbitrario es lo que no cuenta con el más mínimo respaldo de legalidad. Así, en el prevaricato se exige una abierta y ostensible contradicción entre el contenido del acto proferido, y el mandato legal; al paso que en la primera forma de abuso de autoridad, el acto proferido puede ser incluso legal, a condición de que sea injusto, y en la segunda forma es menester que comporte un abierto desconocimiento de la legalidad (no es tanto que sea contrario a la ley, sino completamente desapegado de la misma, pudiendo, obviamente, ser contrario a ella).

- Y cualitativa, porque si bien el primer criterio -el cuantitativo- nos servía para introducir una primera diferenciación entre ambas figuras delictuales, es lo cierto que no lo lograba totalmente entre el prevaricato por acción y la segunda variante del abuso de autoridad, en que el acto es arbitrario: Por ello, diremos que mientras en el abuso de autoridad el acto puede revestir cualquier forma jurídica externa, en el prevaricato por acción tiene que asumir la forma de un dictamen o de una resolución, de tal manera que es claro que, finalmente, los únicos servidores públicos que pueden incurrir en prevaricato por acción, son aquellos que cuentan, dentro de su órbita funcional, con la misión de resolver conflictos o atender solicitudes, con poder decisorio.

Ahora bien, como si todo lo anterior fuera poco, debe recordarse que el abuso de autoridad es un tipo penal subsidiario, como que conforme a su redacción misma sólo admite aplicación cuando la conducta sub examen no comporte ninguna otra figura delictual, tal como dio en recordarlo la Corte en auto de septiembre 9 de 1986, con ponencia del Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS:

> "Existe abuso de autoridad, cuando el empleado oficial realiza un acto arbitrario o injusto con ocasión de su cargo o excediéndose en el ejercicio de sus funciones, lesionando con su actitud el prestigio y el buen nombre de la administración pública.
>
> Pero, cuando la conducta abusiva, o sea el acto arbitrario o injusto se realiza profiriendo el funcionario resolución o dictamen manifiestamente ilegales, el comportamiento se subsume dentro de un tipo penal

de mayor entidad como lo es el delito de prevaricato que tutela como bien jurídico la rectitud y probidad de las resoluciones y dictámenes oficiales.
Se trata de un simple concurso aparente de tipos, donde el hecho imputado al funcionario parece encuadrarse simultáneamente en dos tipos penales. Este conflicto se desata en el caso sub judice, por voluntad de la misma ley, aplicando el principio de la subsidiariedad, porque de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 152 del Código Penal que tipifica el abuso de autoridad, dicho precepto es sólo aplicable a aquellas actuaciones abusivas que no estén específicamente previstas como delito en otros preceptos. Como el hecho que se examina está contemplado especialmente como prevaricato por acción, en el artículo 149 del Código Penal, dicha disposición se aplica de preferencia".

4.2. La segunda, relacionada con la diferenciación existente entre el prevaricato por acción y el abuso de la función pública, que ha sido objeto de varios pronunciamientos de la Corte, de los cuales nos permitiríamos resaltar los siguientes:

- En auto de Febrero 13 de 1991, con ponencia del Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA se practicó la siguiente reflexión:

"El punto de discrepancia, objeto de impugnación, es si la imputación consistente en autocomisionarse para asumir una competencia que por razones territoriales no le pertenecía, constituye el delito de abuso de función pública tipificado en el art. 162 del C.P., o el de Prevaricato por Acción descrito en el 149 ibídem.
En el servicio público constituye regla fundamental el principio de solamente poder hacer lo permitido por la ley; y para saber qué es lo que permite la ley ha de acudirse necesariamente a la competencia. La Constitución, en su art. 63, exige que al crearse un cargo oficial debe asignársele funciones detalladas, y en el art. 20, responsabiliza al funcionario no sólo por quebrantamiento de la Carta y de las Leyes, sino específicamente "por extralimitación de funciones".
El Legislador ha desarrollado estos principios penalmente en varias disposiciones o tipos penales, uno de ellos es el denominado "Abuso de Función Pública" (art. 162) que se da cuando un funcionario público prevalido de su cargo, con conocimiento y voluntad asuma una función que la ley dio o asignó a otro. Es un precepto que garantiza las competencias diversas que se imponen por la división de funciones en la administración pública, evitando con ello el desorden y la irresponsabilidad.

.....

.....

El juez que trasciende los límites territoriales de su jurisdicción sin este requisito, abusa de la función pública ciertamente; pero, si para llegar a ello produce un acto manifiestamente contrario a la ley, el delito cometido no será ya el del abuso de función pública, sino el de Prevaricato por acción (art. 149 C.P.), porque, como dice el profesor

Reyes Echandía, en este caso "el criterio diferenciador no puede ser el de la competencia, sino el de la oposición manifiesta con la ley. En efecto, un empleado oficial puede cumplir funciones que no le correspondan, pero dentro de un marco formalmente legal. La falta de competencia, puede ser en cambio uno de los factores que integren la "ilegalidad" del acto para los efectos del prevaricato" (Derecho Penal, Parte Especial. Tomo I. 1987 -póstuma-, pág. 147, Universidad Externado de Colombia); o sea, que hay prevaricato y no abuso de función pública cuando de suyo la providencia emitida sea manifiestamente ilegal aunque haya habido extramilitación funcional. Es un concurso aparente que se soluciona por la vía del prevaricato en consideración a su mayor riqueza descriptiva. Con este alcance se pronunció la Sala en providencias de Junio 13 y Octubre 19 de 1989, con ponencia del Magistrado Saavedra Rojas.".

- De similar manera se pronunció esa misma corporación en providencia de Abril 25 de 1995, con ponencia del Dr. RICARDO CALVETE RANGEL, cuando resolvió:

"En el caso que nos ocupa, el incriminado F.R.S., fue comisionado para recepcionar unas indagatorias hasta el día 3 de Abril de 1992, y no sólo rebasó el término otorgado, sino que resolvió la situación jurídica para la cual no se le había facultado, de manera manifiestamente contraria a la ley.

Si la decisión tomada hubiera sido legal se habría tipificado únicamente el abuso de función pública, pero como además ese acto sirvió para hacer un pronunciamiento contrario a la ley, todo el comportamiento se subsume dentro del tipo de prevaricato por acción, tal como acertadamente lo calificó la Fiscalía. La evidente falta de competencia es un elemento más de la ilegalidad de la providencia, y un factor a tener en cuenta para la demostración de la intención con que actuó al continuar conociendo del asunto".

- En idéntico sentido se pronunció esa corporación en fallo de Septiembre 14 de 1995, con ponencia del Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR en el cual, luego de efectuar un muy interesante recuento jurisprudencial y sobre la evolución normativa, concluyó:

"De manera que el ataque al bien jurídico de la administración pública, en tanto tiene que ver únicamente con formas comisivas que implican usurpación o ejercicio de las funciones públicas que no se tienen, encuentra concreta y precisa adecuación en las disposiciones del Capítulo IX del Título III del C. Penal, a diferencia de cuando no sólo se abusa de la función sino que también se prevarica, caso en el cual este punible comprende el primero".

- Finalmente, y para los efectos que aquí interesa, podría traerse a colación el proveído de Septiembre 19 de 1996 en que, con ponencia del Dr. NILSON PINILLA PINILLA, en el que se practicó cabal acogimiento de los pronunciamientos

verificados en Abril 22 de 1982 (M.P. Luis Enrique Romero Soto), Febrero 13 de 1991 (M.P. Dídimo Páez Velandia) y Septiembre 14 de 1995 (M.P. Carlos E. Mejía Escobar), se postuló:

> "La solución a este problema resulta difícil, frente a los elementos que son comunes y hacen, para calificar un caso como el analizado, muy cercanos en su descripción los tipos de conducta previstos por los arts. 149 y 162 del Código Penal, esto es, el prevaricato por acción y el abuso de función pública. Así se aprecia desde el mismo juicioso planteamiento de las tesis sustentadas, de una parte por el defensor de la procesada al solicitar la nulidad y por la decisión mayoritaria del Tribunal, y de otra en el salvamento de voto, compartido con similitud de argumentos por la señora agente del Ministerio Público en la impugnación.
> Evidentemente, en ambos casos se requiere actuación dolosa; el bien jurídico protegido es el mismo; la funcionaria investigada, como Juez de la República en desempeño de su labor oficial, es sujeto activo calificado para incurrir en cualquiera de estos dos tipos penales y, en efecto, realizó una conducta activa funcionalmente contraria a derecho, pues admitió una demanda de ejecución y decretó las primeras medidas inherentes, contra el Municipio de Bosconia, ente territorial que, al tenérsele como parte, hace transferir al Juzgado Civil del Circuito la competencia que normalmente tendrían, tratándose de procesos de menor cuantía, los estrados civiles o promiscuos municipales, como el de la encausada (...).
> Conviene empezar a precisar que mientras la acción prevaricadora se da dentro de un pronunciamiento específico (resolución o dictamen), que en forma manifiestamente contraria a la Ley es proferido u omitido por razón o con ocasión del deber propio del servidor público en el trámite de un determinado asunto, en el abuso de la función pública el sujeto activo, que también es servidor público, hace abstracción de su ámbito de competencia y de manera abusiva realiza función oficial que legalmente no le corresponde".

4.3. Y la tercera, apunta a resolver el problema que se presenta cuando en una misma providencia, el funcionario judicial emite varios pronunciamientos o decisiones que, independientemente, constituirían una manifiesta infracción a la ley, preguntándose, en tal hipótesis, si estamos en presencia de un concurso homogéneo de tipos penales. Para resolver tal cuestionamiento, acudamos de nuevo a los argumentos de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que en sentencia de segunda instancia, proferida el día 14 de Febrero de 1984 con ponencia del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA (y salvamento de voto del Dr. ALVARO LUNA GÓMEZ), esa Corporación explicó:

> "Si incurre en prevaricato el funcionario que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, según lo normado en el art. 149 del Código Penal, bien puede suceder que la ostensible ilegalidad de la providencia o del dictamen provengan de una o varias visi-

> bles contradicciones entre lo que el funcionario decide o manifiesta y lo que legalmente ha debido resolver o expresar, sin que sea dable sostener que incurre en tantos prevaricatos cuantas veces haya contrariado manifiestamente el ordenamiento jurídico dentro una misma resolución o dictamen; cuando mucho esa reiterada ilegalidad del proveído servirá para evidenciar y resaltar aún más la magnitud de su choque con la legalidad debida. El concurso solamente emergerá cuando al mismo funcionario le sean imputables varias resoluciones o dictámenes que pueden ser calificados de manifiestamente ilegales". (Negrillas fuera del texto).

Sobre ese mismo punto, adicionalmente, cabría considerar la reiteración que de esa posición verificase la Corte Suprema de Justicia, en providencia de Mayo 8 de 1987, con ponencia del Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS, en la cual se consignó:

> "Empero de esta disquisición, el concepto de concurso de delitos no está referido a la infracción de una o varias normas de legislaciones diversas de la penal, sino a la repetida infracción de una o varias disposiciones del ordenamiento punitivo. Aún cuando la providencia que dio base a la denuncia penal pueda contener varias contradicciones con el ordenamiento civil, todas ellas no representan más que una sola conducta penalmente relevante porque la contradicción manifiesta de la resolución con la ley en este caso se reputa única porque lo incorrecto o contradictorio no fue el haber señalado los vicios de que adolecía la demanda, sino el haber rechazado la misma para su corrección. Siendo ello así, debe concluirse que el contenido íntegro de la providencia de fecha veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) puede llegar a configurar una sola infracción a la ley penal, un solo delito de prevaricato, y por lo tanto no podría predicarse concurso delictual más que entre el contenido mismo de la resolución y la inobservancia de las disposiciones procedimentales que regulan la temporalidad del recurso que se desató con aquella decisión".

CAPÍTULO SEGUNDO

PREVARICATO POR OMISIÓN

El Prevaricato por Omisión aparece consagrado en el artículo 150 del Código Penal -modificado por el artículo 29 de la ley 190 de 1995- en los siguientes términos:

> "El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en las penas previstas en el artículo anterior".

1. RAZÓN DE ACRIMINACIÓN.

La primera pregunta que habríamos nosotros de absolver en relación con esta forma de prevaricato, es: Por qué razón el legislador acriminó el prevaricato por omisión? En otras palabras, cuál es la razón de ser de este tipo penal?

Dejando de lado el hecho indiscutible de que, pese a todas las críticas por nosotros anteriormente consignadas en relación con la redacción que actualmente observa el artículo 149 del Código Penal, es lo cierto que aparece como mucho más técnico el hecho de que el legislador haya separado, en dos artículos diferentes, las reglamentaciones normativas correspondientes a las dos formas básicas y fundamentales del prevaricato, a saber, el que materializa por acción (art. 149) y el que se patentiza por omisión (art. 150), y no en un sólo artículo, como lo hacía el Código Penal de 1936.

Empero, esta observación no nos resuelve la pregunta anteriormente formulada, la misma que auscultaba por la razón de acriminación de este comportamiento: buscando responder tal inquietud, podríamos nosotros señalar que, desde el momento mismo en que toma posesión de su cargo, el servidor público asume el compromiso de cumplir con la Administración (entendido el concepto en sentido genérico), desempeñando a cabalidad, con honestidad y rectitud, las funciones inherentes a tal cargo, las mismas que le han sido de tal manera confiadas. Por tal motivo, cuando el servidor público cumple mal con sus funciones, esto es, actúa, pero lo hace de manera desviada, en la medida en que lo hace apartándose de los mandatos, permisiones o prohibiciones legales; lo mismo que cuando deja de actuar, debiendo hacerlo, tendrá que decirse que ha sido él, ese funcionario, inferior al cumplimiento de los deberes que le han sido confiados: De esta suerte, entonces, no debe extrañar que mientras la primera forma de actuación patentiza lo que nuestro Código Penal califica de prevaricato por acción; la segunda variante com-

portamental, materializa lo que el artículo 150 del mismo Código Penal denomina prevaricato por omisión[604].

En consecuencia, podemos decir que la razón de acriminación de esta conducta y, por ende, la razón de ser de este tipo penal, estriba en el hecho de que el funcionario tiene un deber de cumplir con las obligaciones correspondientes e inherentes al cargo que le ha sido diferido, de tal manera que cuando el funcionario falta a ese deber de cumplir, dentro del tiempo o de la oportunidad debida, las obligaciones propias de la función que le ha sido encomendada, está faltando al ejercicio de esa función y, en consecuencia, está atentando no solamente contra la buena marcha y contra el buen nombre de la Administración, sino que, finalmente, está atentando contra la rectitud de la misma, toda vez que ella tiene a su cargo la obligación de cumplir pronta y cumplidamente con el ejercicio de sus funciones[605].

---

[604] Lo que definitivamente ha de ser claro es que no es posible configurar un concurso efectivo de tipos penales entre las dos formas principales de prevaricato, dentro de la égida de una sola acción, como bien lo puso de presente la Corte en proveído de mayo 14 de 1991, con ponencia del Dr. Edgar Saavedra Rojas:

"Prevaricar, atendiendo la raíz etimológica de la palabra, es la aplicación torcida del derecho. De acuerdo con la legislación, cuando se contraría de manera manifiesta a la ley mediante la ejecución de un acto ilegal, se estructura el prevaricato activo o por acción; si en cambio se omite, rehusa, retardo o deniega un acto legal propio de las funciones del empleado oficial que se comporta pasivamente para procurar con ello un fin ostensiblemente opuesto al ordenamiento jurídico, se configura el prevaricato pasivo o por omisión.

Fácilmente se advierte, que la diferencia entre esta dos especies de prevaricato consiste en que en la primera se requiere un actuar, mientras que en la segunda un no hacer.

...

El comportamiento ajustado estrictamente al ordenamiento jurídico, se sabe, es un deber legal del empleado oficial pero cuando el incumplimiento de esa obligación se manifiesta en un acto, en un actuar, como en el caso del proferimiento de un dictamen o resolución, el dejar de obrar conforme al mandato legal es de la esencia del delito de prevaricato por acción, pues precisamente el acto se torna ilegal por su contrariedad con lo dispuesto legalmente, y no configurativo del punible de prevaricato por omisión, como lo sostiene con manifiesto desacierto el recurrente.

Como resulta obvio, siempre que se profiera resolución o dictamen contrario a la ley, se omite hacer lo que la normatividad mandó o se hace lo que ella prohíbe y argumento ad absurdum sería predicar el concurso simultáneo de las dos especies de prevaricato o la configuración de la modalidad omisiva, pues de aceptarse este criterio, sobraría la activa".

[605] Con respecto a la estructura y significación que el prevaricato por omisión comporta en relación con los Jueces, la Corte indicó, en proveído de marzo 3 de 1986, con ponencia del Dr. Guillermo Dávila Muñoz.

"1a. Se imputa a la procesada el delito de prevaricato por omisión (art. 150, C.P.) por cuanto dejó de cumplir la comisión ordenada. Se trata, en consecuencia, de infracción contra la Administración Pública, cuyo título regula en forma amplia todos aquellos atentados de los empleados públicos cuando se apartan del fiel cumplimiento de sus funciones oficiales. Nada nuevo se dice si se afirma que el legislador es bastante exigente respecto a esta clase de conductas, pues la infidelidad en el ejercicio de los deberes produce sobresalto y desconfianza dentro de la colectividad.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA LA ACRIMINACIÓN DEL PREVARICATO POR OMISIÓN.

Ciertamente puede decirse, precisamente, que el prevaricato por omisión, en tanto tipo penal contenido en la parte especial del Código Penal, encuentra fundamento constitucional a nivel de varias disposiciones contenidas en la Carta Fundamental, cuales las siguientes:

- El artículo 29, que en su inciso primero consagra el principio del debido proceso, subrayando que el mismo habrá de aplicarse "a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"; a tiempo que en su inciso cuarto establece que toda persona tiene derecho "a un debido proceso sin dilaciones injustificadas";

- El artículo 228, que establece que "los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado";

- Y, finalmente, el artículo 90 de la misma Carta Fundamental, cuyo tenor literal es el siguiente:

> "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.
> En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este". (Subrayas fuera del texto).

3. IMAGEN RECTORA.

A partir de la redacción imprimida por el legislador al tipo penal del prevaricato por omisión, podemos decir que son elementos constitutivos de la imagen rectora de esta figura, los siguientes: un sujeto activo cualificado, representado por un servidor público; que ese servidor público omita, rehúse, retarde o deniegue un acto; que ese acto que se omite, rehúsa, retarda o deniega, sea propio de las funciones de ese servidor y, finalmente, que ese actuar sea doloso[606].

Exigencia que parece mayor en tratándose de funcionarios judiciales, dada la omisión específica que les corresponde atender. En estos, como en ningunos otros, la responsabilidad, el decoro, la eficacia y aún el interés, tórnase más imperativos, especialmente en estos tiempos en que la sociedad experimenta crisis en sus principales valores. Tiene razón entonces el señor Procurador Delegado cuando dice que en el juez "... como en ningún funcionario, recurre en su investidura los ideales de justicia y equidad, sustituto del bien común y razón misma de la sociedad".

[606] Ciertamente, bastante cercana a nuestra concepción es la que ha presentado la Corte Suprema de Justicia, concretamente en fallo de Diciembre 11 de 1984, con ponencia del Dr. Fabio Calderón Botero:

"El prevaricato como delito que es contra la Administración Pública reprime el desacato de los empleados oficiales que por acción, omisión o asesoramiento, traicionan el fiel cumplimiento de sus funciones el recto desempeño de las mismas.

3.1. SUJETO ACTIVO CALIFICADO: SERVIDOR PÚBLICO.

Si bien el de servidor público podría ser ese un concepto que por lo conocido no ameritaría ya comentarios adicionales, es lo cierto que él mismo sí exige de uno adicional por lo trascendente: Desde el momento mismo en que, a diferencia del prevaricato por acción, el legislador no cualificó la forma externa que debía asumir el acto del funcionario prevaricador (que en el prevaricato tenía que consistir, forzosamente, en una resolución o dictamen), respecto del prevaricato por omisión podemos decir que, eventualmente, sí puede incurrir en tal figura delictual el agente del Ministerio Público, cuando siendo respecto suyo obligatoria la presentación de algún concepto dentro de una determinada actuación o tramitación, no lo haga o lo haga por fuera de los términos oportunos. Igualmente, podemos decir que otro tanto puede predicarse respecto del Presidente de la República, quien podrá incurrir en prevaricato por omisión, habida cuenta que al no cualificarse el acto que ha de ser omitido o retardado (genéricamente) por parte del servidor público, de cara a la estructuración de esta forma de prevaricato, puede incurrir en el mismo, cuando quiera que deje de cumplir con sus deberes u obligaciones en cuanto hace con la expedición de un acto propio de sus funciones, o cuando quiera que lo haga fuera de los términos pertinentes.

3.2. CONDUCTA OBJETIVA: NÚCLEO DEL TIPO ALTERNATIVO.

La conducta objetiva desplegada por ese servidor público ha de consistir en que omita, rehúse, retarde o deniegue un acto. Y, por ello, a continuación examinaremos tanto el significado de todos y cada uno de esos vocablos, como la caracterización genérica que, desde el punto de vista jurídico-penal, ellos admiten.

3.2.1. *SIGNIFICADO.*

Omitir es no hacer lo debido, y retardar es hacerlo, pero fuera del tiempo oportuno, esto es, de los términos legales; rehusar consiste en negarse a hacer lo

---

Los elementos constitutivos del llamado delito de prevaricato "por omisión" (art. 150 del C.P.), son los siguientes:

a) Que el agente tenga la calidad de empleado oficial.

b) Que la acción recaiga sobre un acto propio de las funciones del empleado.

c) Que se omita, rehúse, retarde o deniegue el cumplimiento de ese acto funcional.

La calidad de empleado oficial en el agente indica que se trata de un delito propio porque sólo éstos lo pueden cometer: que la acción recaiga sobre un acto propio de sus funciones significa que sólo a ese empleado le está asignado su ejecución en la forma prevenida por la Constitución Nacional y por el Código de Régimen Político y Municipal (arts. 63 y 6, respectivamente); y, por último, que las acciones alternativas que describe el tipo consistentes en dejar de hacer una cosa, no aceptarla, dilatar su ejecución, o no conceder lo que se pide, correspondientes a los verbos rectores omitir, rehusar, retardar o denegar, tienen por definición que ser dolosas, esto es, que no se puedan remitir a culpa".

que corresponde, a tiempo que denegar también consiste en un negarse a hacer lo que le corresponde (al funcionario), habiendo mediado petición previa de parte, que es precisamente la que se desestima a través de la denegación[607].

Omitir implica un puro no hacer, esto es, una negación conciente de guardar silencio o de no actuar, resolver, ni emitir pronunciamiento alguno para el cual se designó al autor como miembro de la Administración (en sentido genérico)[608]: El comportamiento es punible no sólo por el carácter de simple abstención, sino porque además el sujeto no procede como de él se espera, infringiendo la norma que la ordena actuar. La conducta omisiva le es reprochable por cuanto pudiendo actuar en función del acto o del servicio, se abstiene de concretar la acción debida o esperada, lo que confirma la conducta prevaricadora.

Rehusa, en cambio, el servidor público que con mala intención y sin justa causa se niega al cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades impuestas por las tareas que le son funcionalmente propias. El deber de actividad existe desde el instante mismo en que el autor conoce que le asiste el compromiso de cumplir una orden superior y a pesar del mandato, en forma deliberada y consciente, se abstiene de proveer en derecho. Hay, así, un ánimo adrede y voluntario de eludir la ejecución imperativa de actos funcionales y de rehuir el contenido de las tareas oficiales: En el desacato-desobediencia a satisfacer la actividad oficial debida, teniendo la posibilidad física e intelectual de cumplir, radica el disvalor de la conducta.

Retarda un acto propio de sus funciones el servidor que intencionalmente deja de realizar o ejecutar dentro del término hábil prescrito por la ley, la definición a que está obligado. La conducta prohibida supone el cumplimiento de actos fuera

---

[607] Distinguiendo entre la "Omisión" y el "Retardo", la Corte Suprema de Justicia, en proveído de Junio 19 de 1984, con ponencia del Dr. Alfonso Reyes Echandía, resolvió:

"Todo retardo supone incumplimiento de actuación esperada en un cierto período y en el plano jurídico penal, omisión del comportamiento debido dentro del término legal prefijado; por manera que cuando el tipo de Prevaricato por Omisión descrito en el art. 150 del Código Penal menciona como delictiva la conducta del funcionario que retarde el acto propio de sus funciones, no se está refiriendo a una simple actitud pasiva o de inercia, ni siquiera a un dejar de hacer algo, sino a un no hacer aquello a lo que el empleado oficial estaba jurídicamente obligado en un espacio temporal precisamente señalado por la ley; se trata, pues, de una obligación emanada de un mandato legal (ley, decreto, resolución, reglamento) y no de un simple deber extrajurídico. La omisión y el retardo no son fenómenos idénticos aunque todo retardo supone una omisión; cuando ocurre aquella, el sujeto no realizó lo que podía y debía hacer; cuando eso acontece, el sujeto dejó de hacer lo que jurídicamente debió realizar en un momento o período dados, aunque lo hizo o pueda válidamente hacerlo con posterioridad más allá de los límites temporales que le habían sido trazados; en la omisión el actor no cumple definitivamente con su deber de acción, en el retardo no ejecutó el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realizó más tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente".

[608] Valencia, Jorge Enrique, "*La Prevaricación Judicial*"... Págs. 219-220.

de los términos prohijados por la ley, y, en todo caso, en forma no oportuna, dilatando así su solución, siendo, por otra parte, malicioso e indebido el retraso. Lo que sí debe subrayarse es que el sólo vencimiento de los términos no configura, de por sí, delito, si el funcionario no tiene la intención marcada de diferir el cumplimiento de la actuación ni el de desobedecer los mandatos de su específica actividad, y si además, se haya presente la imposibilidad de actuar conforme a las normas-mandatos que rigen específicamente el cumplimiento de sus labores oficiales.

Deniega, en fin, el funcionario que no resuelve lo que se le pide, o lo que legalmente de él se espera en forma compatible con los deberes de su cargo, lo que equivale a no conceder el derecho, con el sentido subjetivo y reiterado de violación deliberada de la ley.

3.2.2. *CARACTERIZACIÓN.*

En relación, básicamente, con el retardo y la omisión, que aunque no son los únicos verbos rectores de este tipo penal, sí aparecen como los principales, en la medida en que se evidencian como los de más sencilla y potencial materialización, podríamos nosotros decir lo siguiente:

3.2.2.1. En primer término, que para determinar si se está o no en presencia de un retardo y/o de una omisión en el cumplimiento de sus deberes funcionales por parte de un servidor público, en orden a la estructuración de un prevaricato por omisión, habrá de establecerse, inicialmente, cuál es la órbita funcional específica de ese funcionario amén del término con que contaba él para el proferimiento de la decisión, de todo lo cual se sigue que, por exclusión (al no haber proferido el respectivo acto en la oportunidad o dentro del término debido), ese servidor habrá configurado, cuando menos, la parte objetiva o externa de la omisión o del retardo[609].

3.2.2.2. Y, en segundo lugar, habrá de examinarse si esa omisión y/o retardo se encuentra o no justificado como que el cúmulo de funciones, obligaciones propias del cargo o, en todo caso, la recarga laboral de tal funcionario, pueden pre-

---

[609] Así, por ejemplo, opinó la Corte Suprema de Justicia, en proveído de Septiembre 1o. de 1993, con ponencia del **Dr. Dídimo Páez Velandia:**

"Se ha dicho insistentemente que no toda omisión o retardo en el cumplimiento de un acto propio de las funciones legalmente asignadas constituye delito de prevaricato por omisión, pues siendo este hecho punible doloso requiere necesariamente que cualquier conducta de las descritas en el art. 150 del C.P., esté precedida del conocimiento y voluntad claros de faltar a la lealtad debida en el ejercicio de dicha función.

Significa lo anterior que para efectos del juicio de tipificación de la conducta es menester en cada caso concreto examinar, en primer término, la norma que asigna la función y el lapso de tiempo señalado para su cumplimiento y, en segundo lugar, ha de analizarse, para determinar la culpabilidad, si conociendo dichos presupuestos, medió la voluntad para omitir, rehusar, retardar o denegar el acto propio de la función".

termitir, en un momento determinado, que este cumpla oportunamente con todas sus asignaciones, con lo que, finalmente, no pueden establecerse reglas generales que permitan reprochar (o exonerar) el retardo y/o incumplimiento en el desarrollo de las funciones, debiéndose examinar cada caso concreto.

Así, por ejemplo, lo dejó entrever las Corte Suprema de Justicia, en providencia de Septiembre 6 de 1984, con ponencia del Dr. FABIO CALDERÓN BOTERO:

> "Cuando el retardo se justifica no puede ser reprochado. Una mora se justifica frente al caso fortuito y la fuerza mayor o cuando, no dándose estas excluyentes absolutas de toda responsabilidad, se presenta una situación bajo cuyo imperio resulta imposibilitado razonablemente el funcionario para cumplir los términos legales. El criterio de lo razonable no es otro que aquel que concilia la prontitud en la Administración de Justicia con su eficacia, para que el retardo no se convierta, en sí mismo, en causa generadora de injusticia.
>
> Nadie ignora que algunos Tribunales y Juzgados tienen exceso de trabajo, pero este conocimiento general no obsta para que los asuntos sean resueltos y fallados con relativa prontitud. De suerte que edificar una explicación tendiente a justificar un retardo sobre esa sola realidad, si bien lleva a comprender que de ordinario es imposible cumplir con todo rigor los términos señalados por la ley, no permite excusar cualquier desbordamiento de ellos. Es necesario, entonces, que simultáneamente concurran otras circunstancias, concretas y específicas, que coadyuven con idoneidad a producir y a aumentar el retardo que es objeto de imputación disciplinaria" [610].

---

[610] De manera bastante similar se pronunció posteriormente la Corte Suprema, en providencia de Marzo 9 de 1985, con ponencia del Dr. Luis Enrique Aldana Rozo:

"No queda la menor duda respecto a que el funcionario acusado, desde el punto de vista meramente objetivo, incumplió deberes propios de su cargo, al dejar vencer de manera ostensible los términos legalmente estipulados, para decidir luego de cumplido el trámite rituario respectivo, lo consiguiente sobre las excepciones previas que al tenor del artículo 97 del C. de P. C. le fueran formuladas por la parte demandada. No obstante, necesario es determinar, si existió en el comportamiento omisivo investigado, alguna causa explicativa, o, por el contrario es el producto de la desidia, la negligencia o la voluntad del doctor R.G. encaminada a no cumplir con las obligaciones que en el caso concreto le imponía la ley.

Si bien es cierto, el recargo de trabajo en los despachos judiciales, constituye una verdad olvidada por lo sabida, no puede tal aspecto admitirse siempre en todos los casos como excusa pues sólo tiene el carácter de determinante, cuando la inactividad del funcionario obedece a factores extraños a su voluntad, como el cúmulo de labores, un hecho inevitable que por supuesto escape de la esfera del derecho penal".

Bien podría decirse que, en términos generales, esa tesis fue reiterada en proveído de agosto 12 de 1986 con ponencia del Dr. Luis Enrique Aldana Rozo, en la Corte determinó:

"Prevaricato por omisión: A su vez, el artículo 150 ibídem que contempla este delito, describe la conducta del empleado oficial que omita, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones,

Lo que es más, en aras de la justificación del retardo en la emisión del acto, por parte del respectivo servidor público, habría de considerarse no solo su recarga laboral ordinaria, esto es, la que dice propiamente referencia al ámbito de sus funciones, sino, también, su recarga laboral administrativa, que apunta a las tareas extraoficiales pero igualmente inherentes al cargo, que debe cumplir y atender igualmente el servidor, pues como lo apuntase la Corte en fallo de septiembre 16 de 1997, con ponencia del Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO:

> "En relación con el exceso de trabajo y la prelación dada por la funcionaria a las actuaciones y decisiones judiciales, sobre todo las relacionadas con la libertad de las personas involucradas en las demás investigaciones que ella adelantaba, como justificante esgrimida para el descuido de otras actividades presuntamente administrativas, bien vale la pena recordar lo que sobre el particular y con precisión dijo la Sala en la sentencia de segunda instancia fechada el 26 de noviembre de 1992, que en tal sentido acogió y reprodujo lo pertinente del concepto de la Delegada, en los siguientes términos:
> "No puede olvidarse que si bien es cierto la función judicial es la ocupación primordial de un Juez de la república, ello no quiere decir en manera alguna que la función administrativa implique menos atención, pues una y otra actividad vienen en últimas a recoger el concepto general de lo que es la "buena administración de justicia", siendo una complemento de la otra. Nada positivo se obtendría de que un juez procure cumplir su tarea estrictamente judicial mientras al mismo tiempo tiene en completo abandono la debida vigilancia y control sobre sus subalternos, o de los elementos propios de la oficina o de los mismos procesos y hasta la forma como se atiende al público que acude al servicio de la justicia. La actividad administrativa hace parte integral de la labor judicial y como tal merece la debida y adecuada atención por parte del funcionario" (ponentes: Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Dídimo Páez Velandia)"[611].

---

esto es, que el ilícito se configura en este caso, cuando el servidor público de manera dolosa incumple sus funciones legales.

No se remite a duda que el incumplimiento de los términos procesales que el quejoso atribuye a su denuncia es, por otra parte, una indebida forma de reprochar la decisión que le resultó adversa y que no hizo cosa distinta de corregir el yerro que se plasmó en el auto revocado y que satisfacía sus intereses, y, por otra parte, una acusación de interés sólo en el campo disciplinario, donde con fundamento en las copias compulsadas por el a quo habrá de adoptarse la determinación pertinente.

Ha sostenido así mismo la Corte que, aun cuando la ley fija ciertos términos para que se profieran las resoluciones judiciales, debe tenerse en cuenta que el tiempo de que realmente disponen los funcionarios se encuentra condicionado por los numerosos asuntos que deben atender. Por esto, se agrega, al resolver sobre su responsabilidad ha de examinarse el caso concreto, si el sindicado estuvo en condiciones de decidir en el término previsto, de acuerdo con la complejidad del problema sometido a su consideración, la prevalencia de otras actuaciones y aun el cumplimiento del trámite interno del proceso".

[611] Todavía más allá, en providencia de junio 24 de 1997, con ponencia del Dr. Carlos E. Mejía Escobar, la Corte, examinando un caso concreto sobre el particular, enfatizó:

3.3. QUE LA MATERIALIZACIÓN DEL VERBO RECTOR ALUDA A UN ACTO.

Lo omitido, retardado, denegado o rehusado, por parte del servidor público, debe ser un acto.

Entendiendo que por acto debe entenderse toda manifestación de voluntad, de contenido jurídico, diremos que dos apreciaciones colaterales de capital importancia nos permite consignar esta característica de la imagen rectora de esta forma de prevaricato:

3.3.1. La primera, contenida ya en acápites precedentes, que desde el momento mismo en que, a diferencia de lo que acaece en el prevaricato por acción, no se califica aquí la forma externa u objetiva que debe contemplar tal acto, ya que mientras allí tiene que consistir en una resolución o dictamen, aquí puede observar cualquiera otra naturaleza, a condición que comporte la no emisión (pues que, al

---

"Si bien es cierto, el art. 331 de la Ley 5a de 1992, reglamento del Congreso de la República, señala que recibida por el Representante Investigador la denuncia, este dentro de los dos (2) días siguientes citará al denunciante para que se ratifique bajo la gravedad del juramento, el señalamiento de la fecha para tal diligencia en un lapso superior al que indica la ley, no es, per se, un hecho punible, aunque puede llegar a ser un elemento de una conducta de tal naturaleza cuando se advierta que obedece a un propósito determinado y específico, de violentar el ordenamiento legal, a través de la omisión del cumplimiento de los términos legales.

Así, por ejemplo, una mora voluntaria, exagerada e injustificada en la tramitación de una actuación judicial o administrativa, de la que se genera daño es evidentemente punible, pero el simple transcurso de un término mayor que el que la ley señala para la realización de una diligencia procesal, no es, en principio, un hecho delictuoso.

En el caso concreto que ocupa la atención de la Sala, el doctor M.A. recibió las diligencias el 24 de mayo de 1995, el 20 de junio siguiente se declaró el receso constitucional del Congreso hasta el 20 de julio, fijándose al día siguiente la fecha para la ratificación de la denuncia, es decir el 21 de julio, por lo que debe concluirse que se superaron los dos (2) días señalados por la ley para la celebración de la diligencia.

No obstante, que el Representante Investigador se demoró 16 días hábiles para la citación del denunciante a la ratificación, ese lapso superior en 14 días al término legal, no es constitutivo de conducta ilícita alguna, pues aunque podría corresponder a la descripción del prevaricato por omisión, dentro del verbo rector "retardar", debe tenerse en cuenta que tal reato exige como presupuesto de su exigencia la actuación intencional del agente para la violación legal, circunstancia que el material probatorio niega de plano, y en contrario señala el plazo tomado por el Representante Investigador como razonable, habida cuenta de la carga laboral que soporta como miembro de la comisión, 10 procesos más, de su obligatoria asistencia a las sesiones plenarias de la Corporación y a las deliberaciones de la Comisión 5a Constitucional Permanente a la que pertenece, a lo que debe agregarse el tiempo que también debe dedicar a labores propias del ejercicio de la actividad política, en desarrollo de la cual desempeña la función de legislador.

En consecuencia, en tratándose del prevaricato omisivo, la mera demostración objetiva de la acomodación de los hechos dentro de uno de los verbos rectores de la descripción legal del tipo, no resulta suficiente para predicar la punibilidad de la conducta, pues deben demostrarse probados los demás elementos del tipo, esto es, la antijuridicidad y la culpabilidad, los que como se advierte atrás ni siquiera asoman en el comportamiento del representante M.A.".

fin de cuentas es eso lo que se sanciona aquí, la omisión en el actuar) de una determinación, de una decisión de contenido jurídico.

De esta suerte, como lo anotábamos anteriormente, a diferencia de lo que sucede en relación con el prevaricato por acción, somos de la opinión de que tanto el agente del Ministerio Público, como el Presidente de la República (en su respectivo caso), pueden incurrir en prevaricato por omisión, cuando quiera que omitan hacer lo que jurídicamente debían hacer, o lo hagan por fuera de los términos oportunos: Así, cuando siendo requerido el concepto del Ministerio Público, en los casos en que ha de estudiarse el beneficio que ha de ser concedido por la Fiscalía General de la Nación a las personas que se han acogido a los beneficios contenidos, por ejemplo, en el artículo 369 A del Código de Procedimiento Penal (según las adiciones incluidas por la ley 81 de 1993), este no rinde su concepto, o no lo hace dentro de los términos oportunos, podría estar materializando, con su actuación (omisiva, claro está), la conducta típica prevista en el artículo 150 del Código Penal, que se viene examinando. Lo mismo que acontecería, en otro orden de ideas, cuando por ejemplo el Presidente de la República no cumpliese con las obligaciones que en relación con la expedición o proferimiento de ciertos actos, le impone el artículo 189 de la Constitución Nacional[612].

3.3.2. Y la segunda, relacionada con el concepto mismo de lo que por acto ha de entenderse aquí, según la cual no se comprenden como objeto material propio de esta forma de prevaricato los simples hechos o actuaciones materiales, en tanto constitutivas de la omisión propia de esta figura delictual, como que aquí el vocablo acto ha de ser entendido como alusivo a una actuación de contenido jurídico,

---

[612] Que la omisión objetiva de algunos actos no alcanzan para estructurar prevaricato por omisión, lo resaltó la Corte en providencia de marzo 19 de 1987, con ponencia del Dr. Edgar Saavedra Rojas:

"... El artículo 385 del Código de Procedimiento Penal, establece que es prohibido al funcionario de instrucción recibir juramento al momento de la indagatoria del procesado, determinando como excepción a este principio general el evento en el cual el propio indagado "declarare contra otro", en cuyo caso "se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratare de un testigo": quiere decir lo anterior, que el procesado debe intervenir en el trámite del asunto siempre eximido de la gravedad del juramento, su ratificación jurada sólo se requerirá cuando el mismo formule acusaciones en contra de terceras personas con el fin de colocar al indagado en un plano de igualdad con los testigos, esto es, con el propósito de vincular su dicho a una garantía de seriedad y certeza por lo que él puede representar de perjudicial para los terceros contra quienes formula cargos.

La falta de ratificación bajo juramento, empero, no constituye de por sí una conducta típica de prevaricato por omisión, como lo presenta el denunciante. En el caso que se encuentra bajo estudio de la Sala, la funcionaria acusada en verdad omitió la ratificación bajo juramento en los cargos formulados por el indagado, pero tal ausencia en nada afecta el bien jurídico de la Administración Pública y es de aquellas que ni siquiera alcanzan a tener trascendencia en el mismo proceso en que ocurrió, no vician para nada la actuación, ni representan tampoco violación de normas penales. No discute la Sala que el deber del funcionario previsto en el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal pueda ser desconocido sin consecuencia alguna, ocasiones habrá en que la conducta omisiva del juez pueda violar preceptos legales, pero no es este precisamente una de aquellas".

esto es, a la adopción de una determinación con significancia jurídica, que es precisamente lo que omite hacer el funcionario.

De acuerdo con lo anterior, no podrían calificarse como prevaricato por omisión aquellos hechos materiales no cumplidos por parte de los trabajadores oficiales, como cuando por motivos varios se abstienen ellos de repavimentar una vía o reconectar un determinado servicio público: como tampoco el hecho de que, por vía de ilustración, un médico oficial dejase de dispensar la atención médica debida a un paciente, a consecuencia de lo cual este falleciese (hipótesis en la cual, según fuese el caso, podría llegar a hablarse de homicidio culposo, pero nunca de prevaricato por omisión).

3.4. QUE EL ACTO SEA PROPIO DE LAS FUNCIONES DEL SERVIDOR.

Ese acto que se deja de hacer (no se hace) o se hace fuera de los términos legales, debe ser propio de las funciones del referido servidor público, pues que de lo contrario estaremos en presencia de una conducta atípica.

En tal sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia, en auto de Diciembre 10 de 1982, señaló:

> "Conviene agregar que la estructura del prevaricato (por acción, art. 149; por omisión, art. 150; y por asesoramiento ilegal, art. 151) y la del abuso de autoridad, en el Nuevo Código Penal, y, en comparación con la del anterior estatuto (arts. 168, 169, 171, 172 a 182), permite observar que las conductas omisivas realizadas en este específico campo, de no insertarse en la prevaricación (que por unidad de la institución también exigirá la manifiesta y grave contradicción con la ley), **no pueden estimarse como constitutivas de delito, salvo las expresamente recogidas por el legislador (arts. 153 y 160), pasando tales comportamientos a integrar las faltas sancionadas por el régimen disciplinario**" (Negrillas fuera del texto).

En síntesis, podemos decir que el encuadramiento típico de una específica conducta patentizada en el mundo fenoménico, dentro de los moldes del prevaricato por omisión, exige la revisión de sus aspectos básicos y fundamentales, a saber:

3.4.1. Un aspecto positivo, consistente en determinar y precisar cuáles son, en concreto, las funciones de ese servidor público, vale decir, que consultando la Constitución Nacional, la ley (en sentido material) o el reglamento, se conozca cabal y plenamente, cuáles son las funciones que, en el ejercicio de su cargo, le compete y corresponde cumplir a ese determinado servidor;

3.4.2. Y, en segundo término, un aspecto negativo, consistente en examinar qué fue lo que en concreto, de manera específica, atendiendo al catálogo de las funciones propias de ese servidor, dejó él de hacer, o hizo por fuera de los términos pertinentes: Sólo, entonces, cuando podamos conectar esos dos extremos cognoscitivos, podremos decir que hemos comenzado a estructurar una conducta típica de prevaricato por omisión.

3.5. ACTUAR DOLOSO.

La omisión o retardo han de ser injustificadas, esto es, que aparezcan como dolosas, como que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal, no es dable concebir legalmente -pues que sí podría pensarse fenoménicamente en la posibilidad de tal situación, vale decir, en la estructuración de una omisión en el cumplimiento de sus deberes funcionales, por parte del servidor público, sobre la base de la falta al deber objetivo medio de cuidado, representado en una negligencia, en una imprudencia o, aún, en una impericia- la forma culposa para este tipo de prevaricato[613].

No basta, pues, con la simple omisión o el mero retardo en el cumplimiento de los términos, por parte de los servidores públicos, para que su actuar, concretado

---

[613] En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, como lo hizo, por ejemplo, en proveído de Agosto 24 de 1995, con ponencia del Dr. Edgar Saavedra Rojas:

"Recuérdese que para que un hecho punible pueda ser sancionado es indispensable que su autor lo haya realizado con dolo, culpa o preterintención. No obstante, estas modalidades de la culpabilidad no concurren en todos los tipos, en razón de que, por disposición del art. 39 del Código Penal la culpa y la preterintención se presentan solamente en los casos expresamente determinados por la ley.

Lo anterior resulta pertinente por cuanto desde el punto de vista legal el prevaricato no admite las modalidades de la culpa o de la preterintención: Se trata de un hecho punible eminentemente doloso. De ahí que un comportamiento que concuerde con la descripción del delito de prevaricato por omisión no es punible cuando se ha realizado en forma culposa.

Así lo ha definido la Ley y lo ha entendido la Sala, cuando refiriéndose al delito que se comenta, ha sostenido:

"...el prevaricato por omisión, previsto en el art. 150 del C.P., sólo admite la forma dolosa de la culpabilidad, de manera que el aspecto meramente objetivo, de haber omitido, rehusado o denegado por el empleado un acto propio de sus funciones, se debe demostrar el aspecto subjetivo que consiste en no haber querido cumplir con el deber...".

"Así, cuando la ley fija cierto término para que se profieran las resoluciones judiciales, debe tenerse en cuenta que el tiempo de que realmente dispone se encuentra condicionado por los numerosos asuntos que tienen que atender. Por esto al resolver su responsabilidad ha de examinarse en el caso concreto, si el funcionario estuvo en condiciones de decidir en el término previsto, de acuerdo con la complejidad del problema sometido a su consideración, la prevalencia de otras actuaciones o aun el cumplimiento del trámite interno del proceso..." (C.S.J., Mayo 20 de 1986).

Más recientemente, la Sala reiteró:

"Se ha dicho insistentemente que no toda omisión o retardo en el cumplimiento de un acto propio de las funciones legalmente asignadas constituye delito de prevaricato por omisión, pues siendo este hecho punible doloso requiere necesariamente que cualquier conducta de las descritas en el art. 150 del C.P., esté precedida del conocimiento y voluntad claros de faltar a la lealtad debida en el ejercicio de dicha función.".

"Significa lo anterior que para efectos del juicio de tipificación de la conducta es menester en cada caso concreto examinar, en primer término, la norma que asigna la función y el lapso de tiempo señalado para su cumplimiento y, en segundo lugar ha de analizarse, para determinar la culpabilidad, si conociendo dichos presupuestos, medió la voluntad para omitir, rehusar, retardar o denegar el acto propio de la función" (auto, Sep. 1o. de 1993. M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia)".".

en la expedición de un determinado acto, se entienda como constitutiva de un prevaricato por omisión, toda vez que es menester que a ello se adicionen cuestiones subjetivas, relacionadas con la intencionalidad dañosa del agente, tal como lo ha sostenido reiteradamente la Jurisprudencia -esa sí- de la Corte Suprema de Justicia[614].

---

[614] Que en punto de la estructuración del Prevaricato por Omisión deben confluir aspectos objetivos y subjetivos -los primeros relacionados con la materialización de la conducta externa (la omisión o el retardo efectivos), y los segundos alusivos a la intencionalidad dañosa del agente (dolo)- es tema que ha ocupado en numerosas oportunidades a la Corte Suprema de Justicia, de todas las cuales podrían resaltarse las siguientes:

- Junio 26 de 1985, con ponencia del **Dr. Pedro Elías Serrano Abadía:**

"El prevaricato por omisión previsto en el artículo 150 del Código Penal, solamente admite la forma dolosa de culpabilidad, de manera que, además del aspecto puramente objetivo de haberse omitido, rehusado, retardado o denegado por el empleado un acto propio de sus funciones, se debe demostrar el aspecto subjetivo que consiste en no haber querido cumplir con su deber.

Así, cuando la ley fija cierto término para que se profieran las resoluciones de los funcionarios debe tenerse en cuenta que el tiempo de que realmente disponen se encuentra condicionado por los numerosos asuntos que tienen que atender. Por esto, al resolver sobre su responsabilidad ha de examinarse en el caso concreto, si el sindicado estuvo en condiciones de decidir en el término previsto, de acuerdo con la complejidad del problema sometido a su consideración, la prevalencia de otras actuaciones y aún el cumplimiento del trámite interno del proceso".

- Abril 8 de 1986, con ponencia del **Dr. Jorge Carreño Luengas:**

"El artículo 150 del C.P., define el delito de prevaricato omisivo como la conducta del funcionario que retarda, deniega, omite o rehúsa un acto propio de sus funciones. Es un reato esencialmente doloso y el dolo corresponde al propósito del agente de no cumplir con su deber, en un acto arbitrario que depende de su voluntad y que es contrario a lo dispuesto por la ley.

No es suficiente, entonces, para que se configure este delito de prevaricato, que desde el punto de vista meramente objetivo sea manifiesto el retardo del funcionario en el despacho de los procesos a su cargo. Es necesario además, que en el hecho haga presencia un elemento subjetivo que se traduce en el deseo del agente de omitir deliberadamente alguno de los actos que está obligado a realizar por mandato legal.

Tal ha sido el criterio mantenido y reiterado por esta Corporación y ratificado en providencia del 26 de Julio de 1985. En la aludida providencia se dijo: ....."

- Diciembre 6 de 1988, con ponencia del **Dr. Rodolfo Mantilla Jácome** (reiterada en Junio 19 de 1989):

"Reiteradamente la Corte ha sostenido que el vencimiento de un término judicial no configura "per se" delito, si el funcionario no tiene la intención marcada de diferir el cumplimiento de la actuación, esto es, que se hace necesario que conciente y voluntariamente, se utilice el mecanismo de la mora injustificada, con el fin de no realizar la acción exigida:

- Junio 6 de 1989, con ponencia del **Dr. Edgar Saavedra Rojas:**

"El prevaricato por omisión no consiste en la mera inactividad del funcionario; es necesario, para que se estructure la conducta típica, la conciencia del deber omitido y la ausencia de razones para ese incumplimiento: uno y otro factor deben concurrir para que se predique la perfecta adecuación típica".

- Mayo 30 de 1990, con ponencia del **Dr. Mario Mantilla Nougues:**

"El Prevaricato por Omisión lo define el art. 150 del C.P., como la conducta del funcionario que retarda, deniega, omite o rehusa un acto propio de sus funciones. Es un delito esencialmente doloso,

elemento que se concreta en el propósito del funcionario de no cumplir con su deber, en consecuencia es un acto arbitrario e injusto que surge de su voluntad y que por supuesto es contrario a derecho.

Se requiere, como lo ha sostenido la Sala en múltiples ocasiones que "en el comportamiento aparezca el elemento subjetivo, que se traduce en el ánimo y deseo del funcionario de omitir deliberadamente alguno de los actos que estaba obligado a realizar por disposición legal" (auto. C.S.J., Diciembre 6/88).

Con fundamento en lo anterior, se precisa en consecuencia, analizar la actuación del funcionario acusado, para determinar si existe entre esta y el resultado (violación de la norma), nexo causal subjetivo, sólo así podrá hablarse de culpabilidad en su comportamiento".

- Marzo 22 de 1991, con ponencia del **Dr. Juan Manuel Torres Fresneda:**

"Procede ante todo y ante las alegaciones del recurrente, recordar que el delito de prevaricato omisivo exige para su configuración, no solamente la existencia del aplazamiento o retardo en el cumplimiento del deber oficial a cargo del funcionario, sino que es necesario además la presencia del dolo o propósito del agente de no cumplir con su obligación legal, sea porque con ello busca ocasionar un perjuicio, ora porque con la demora genera ventajas personales o para un tercero, o en fin, porque enraíza su arbitrario criterio por encima de aquellas finalidades que persigue la norma de la cual se margina. (Véanse, entre otras, decisiones de esta Sala de Julio 28 de 1985 y Abril 8 de 1988)".

- Mayo 9 de 1991, con ponencia del **Dr. Jorge Carreño Luengas:**

"...Jurisprudencia y doctrina coinciden en sostener que el prevaricato por omisión solamente admite la forma dolosa de la culpabilidad, de manera que, además del aspecto puramente objetivo de las conductas alternativas descritas en el tipo penal del art. 150 del Código Penal: omitir, rehusar, retardar o denegar por el empleado oficial un acto propio de sus funciones, se debe establecer el aspecto subjetivo que consiste en un deliberado no obrar cuando se tenía la obligación jurídica de actuar.

Con este tipo se reprime el desacato de los servidores públicos que traicionando el fiel cumplimiento de sus funciones y el cabal desempeño de las mismas, afectan con dicho comportamiento la eficacia de la administración pública, bien jurídico tutelado en la mencionada norma penal".

- Septiembre 1 de 1993, con ponencia del **Dr. Dídimo Páez Velandia:**

"Se ha dicho insistentemente que no toda omisión o retardo en el cumplimiento de un acto propio de las funciones legalmente asignadas constituye delito de prevaricato por omisión, pues siendo este hecho punible doloso requiere necesariamente que cualquier conducta de las descritas en el art. 150 del C.P., esté precedida del conocimiento y voluntad claros de faltar a la lealtad debida en el ejercicio de dicha función.

Significa lo anterior que para efectos del juicio de tipificación de la conducta es menester en cada caso concreto examinar, en primer término, la norma que asigna la función y el lapso de tiempo señalado para su cumplimiento y, en segundo lugar, ha de analizarse, para determinar la culpabilidad, si conociendo dichos presupuestos, medió la voluntad para omitir, rehusar, retardar o denegar el acto propio de la función".

- Marzo 19 de 1997, con ponencia del **Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego:**

"El incumplimiento de los términos procesales, por sí solo, no puede admitirse como un hecho constitutivo de prevaricato, pues la omisión o el retardo punibles no son la simple inactividad oficial sino la inejecución o mora del acto funcional, con conciencia del deber omitido o indebidamente diferido, sin razones atendibles para ello. La Corte, en situaciones como la que ahora se estudia ha dicho que "...la compleja actividad parlamentaria debe por necesidad guardar un equilibrio que haga operantes las distintas funciones constituyentes, legislativas, administrativas, electorales, de protocolo y de control público y político que le concierne por igual a cada Cámara (art. 6º de la Ley 5a de 1992), frente a las cuales no se vislumbra una punible omisión de las judiciales a las cuales se refiere el denunciante" (auto de noviembre 5/96, M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda)".

Y de ello, ciertamente, se desprenden consideraciones fundamentales:

3.5.1. La primera, porque la simple omisión en el cumplimiento de los términos, es un actuar que solamente comporta una falta disciplinaria: Concretamente, en el ámbito jurídico-penal, se tiene que según lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, "los funcionarios que sin justa causa dejen vencer los términos, incurrirán en causal de mala conducta";

Más allá, todavía, tiénese que los de "cumplir con diligencia y eficiencia" el servicio que se les ha encomendado, así como las funciones de su cargo, son deberes que para todos los servidores públicos establecen los ordinales 2 y 22 del artículo 40 de la ley 200 de Julio 28 de 1995 (Código Disciplinario Unico), a tiempo que en el ordinal 7o. del artículo 41 de esa misma ley, se estatuye como una prohibición -eventualmente generadora de responsabilidad disciplinaria, en la hipótesis de su desatención- para todos los servidores públicos, el "omitir, negar, retardar o entrabar el despacho de los asuntos a cargo de los servidores públicos o la prestación del servicio a que están obligados".

Siendo evidente, en todo caso, que conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2o. de la ley 200 de 1995, "la acción disciplinaria es independiente de la acción penal", con lo que ha quedado resuelta cualquier discusión o controversia al respecto, cabría traer a colación la providencia de Diciembre 4 de 1991, en que con ponencia del Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS la Corte Suprema de Justicia había anticipado la posibilidad de juzgamiento tanto a nivel disciplinario como jurídico-penal, en relación con una misma persona y por unos mismos hechos, sin que se estimase por ello vulnerado el principio del "non bis in idem"[615].

---

[615] Dijo en esa oportunidad la Corte:

"Podría pensarse como lo dice el recurrente que por haberse incluido expresamente el principio en la nueva Constitución y concretamente en el art. 29 en el sentido de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, la situación ha cambiado y que por tanto en la actualidad es imposible el juzgamiento disciplinario y penal paralelo, pero ello no es así, porque el principio, tanto en la legislación anterior como en la actual se hace referencia es a la imposibilidad de doble juzgamiento penal por los mismos hechos y ello debe ser así, porque los bienes protegidos penal y disciplinariamente son diferentes y buscan diversas finalidades y es bien sabido que mientras el derecho penal tutela y garantiza derechos individuales, sociales y estatales de gran trascendencia, que son indispensables para la seguridad y como presupuestos necesarios de la armonía y desarrollo de las personas, de la sociedad y del Estado; el derecho disciplinario busca fundamentalmente como su nombre lo indica regular, disciplinar y velar por el correcto comportamiento de grupos humanos, sea que estén vinculados laboralmente a empresas estatales o privadas o que realicen actividades profesionales reguladas por el Estado, para de esta manera garantizar un apropiado servicio público, o para prever el desarrollo adecuado de empresas particulares, o el ejercicio de una profesión liberal dentro de los marcos de la ética; y de este modo brindar un eficaz servicio a los que requieran de ellos. Se hace referencia a los múltiples estatutos disciplinarios que regulan las actividades de los diferentes entes estatales o privados (reglamentos de trabajo) o los que disciplinan determinadas profesiones (el estatuto ético de los abogados o médicos, por ejemplo). Pero es obvio que la existencia de tales estatutos disciplinarios y el sometimiento a ellos de sus destinatarios, no impide que la conducta simultáneamente vulnere, además de las previsiones disciplinarias, las penales. Sería inconcebible, que un abogado que en ejercicio de la profesión se apodera de dineros de su cliente, por el hecho de ser juzgado disciplinariamente, no pudiera serlo por un delito contra el patrimonio económico.

3.5.2. La segunda, íntimamente ligada a la anterior, alude al hecho de que, existiendo, como efectivamente existen, retardos u omisiones justificados, según lo al respecto anteriormente expuesto, resultaría altamente conveniente (aunque ni definitivo ni absoluto), para determinar la diligencia o negligencia del funcionario en el cumplimiento de sus labores, el cotejar la intensidad cuantitativa de su trabajo, con el de los otros funcionarios que desempeñan idéntica o similar posición o función, dentro de un período de tiempo determinado: decimos que no es ese, a pesar de lo pertinente, un criterio absoluto, porque ni ciertamente todos los seres humanos tienen el mismo ritmo o capacidad de trabajo, ni es exactamente igual el trabajo que se debe (o tiene) que desplegar dentro de una determinada tramitación, en relación con otras (como que hay oportunidades en que el mismo tiempo que se le dedica a una determinada investigación penal, es el necesario para adelantar dos o tres investigaciones de menor entidad, importancia o trascendencia)[616].

Por ello, en auto de única instancia proferido por la Corte Suprema de Justicia el día 19 de Julio de 1984, esta corporación apuntó:

> "...al decidir sobre responsabilidad penal, ante una concreta situación de mora, es necesario examinar si el Juez, unipersonal o colegiado, estuvo o no en condiciones de cumplir dentro del término legal la obligación de decidir, habida consideración de las exigencias propias de una actividad que requiere dedicación plena, vocación de servicio, atento y ponderado examen de situaciones jurídicas en veces complejas, estudio preferencial de procesos con detenido sin menoscabo del orden sistemático de las decisiones de acuerdo con la fecha de entrada al Despacho, de los expedientes y teniendo en cuenta, además, el volumen de aquellos acumulados por propia voluntad, por inercia o a pe-

---

Considera entonces la Sala que por buscar diversas finalidades sociales y políticas, la introducción constitucional del principio del non bis in idem no ha modificado la situación que se presentaba con anterioridad y que sigue siendo posible el doble juzgamiento penal y disciplinario".

[616] Similar parecer fue presentado por la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Julio 16 de 1993, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda:

"Lejos estuvo entonces la Corporación como ahora de llegar a valorar la conducta del enjuiciado frente al rasero de un ideal o arquetipo por fuera del cual una conducta pudiera resultar digna de reproche, porque las consideraciones atinentes a la responsabilidad penal responden a la necesaria demostración del dolo, no al exclusivo análisis de rendimientos estadísticos, que si dentro de una calificación administrativa y hasta disciplinaria pueden mostrar utilidad en la valoración de la eficiencia del funcionario y la eficacia de su gestión, en el proceso penal carecen de la connotación que tema la defensa.

.....

Los promedios de rendimiento, que en algún caso sirvieron para fundar en favor del acusado su absolución en el ámbito disciplinario, no pueden servir como punto referencial para adoptar similar medida en la valoración de una responsabilidad penal, porque un porcentaje bajo puede ser más que suficiente en la medida en que el volumen de trabajo de un despacho no exija mayor aplicación del esfuerzo judicial, en tanto que un promedio superior puede en cambio mostrarse insuficiente cuando la carga laboral obliga la aplicación de un mayor tiempo y esmerado celo, en cuyo caso mal haría el servidor público con atenerse a los promedios, si en el camino deja sus deberes incumplidos".

sar de la diligencia del funcionario, y la calidad y cantidad de las providencias emitidas".

4. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

4.1. ADMITE TENTATIVA?

Como es bien sabido, los delitos dolosos de omisión no admiten la forma tentada, que parte del supuesto de una acción. Con todo, sí resulta procedente establecer cuál es el momento consumativo de esta forma de infracción a la ley penal, aspecto ese respecto del cual podemos predicar que la omisión propiamente dicha se produce y agota en el momento mismo en que el sujeto incumplió su deber de actuar; al paso que el retardo comienza al expirar el término dentro del cual debió actuar y perdura mientras no cumpla con su obligación de realizar la acción esperada, pudiendo decirse que, en esta hipótesis comportamental, es un delito permanente[617].

Dicho de otra manera, la omisión propiamente dicha se produce y agota en el momento mismo en que el servidor incumplió su deber de actuar; al paso que el retardo comienza al expirar el término dentro del cual debió actuar, y perdura mientras no cumpla con su obligación de realizar la acción esperada: de esta guisa, mientras la primera variante comportamental comportaría un delito instantáneo, la segunda reportaría un delito permanente.

4.2. CONCURSO DE TIPOS PENALES.

Cabe analizar si el prevaricato por omisión admite concurso efectivo de tipos penales, con disposiciones tales como las que a continuación se reseña:

4.2.1. Con el artículo 48 de la ley 153 de 1887, según el cual:

---

[617] De similar factura fue el criterio presentado por la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Velásquez, en proveído de Septiembre 13 de 1990:

"Para la Corte, y conviene hacer la anotación para refutar un errado criterio de la Delegada, el hecho de que el art. 20 del Código Penal disponga que "la conducta omisiva se considera realizada en el momento en que debió tener la acción omitida" no significa que el fenómeno de la prescripción se cuente fatalmente desde ese primer instante, que sería tanto como apreciarla siempre de naturaleza instantánea, pues no debe olvidarse que este tipo de ilicitud representa un carácter permanente por cuanto se está ejecutando mientras no se realice la acción debida y exista obligación y posibilidad jurídicas de cumplirla, o sea que perdura durante el término de la situación anómala que lo tipifica. Entonces, mientras permanezca el deber de realizar el acto y este voluntariamente no se ejecute, se está en proceso de comisión delictiva. Tiene, pues, este ilícito una prolongación en el tiempo, lo cual comporta que el fenómeno de la prescripción sólo empieza a contarse a partir del último segmento del reato.

Así las cosas, la conclusión a que arriba el Ministerio Público de estar prescrito "el comportamiento consistente en haber dejado transcurrir seis años aproximadamente sin decidir el incidente de excepciones previas", es equivocada, ...".

"Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la Ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de Justicia".

A la vista, entonces, de la redacción de esta disposición, creemos nosotros que no se trata aquí de la posibilidad de que exista concurso efectivo de tipos penales entre el prevaricato por omisión y la obligación de administrar justicia que contempla el artículo 48 de la ley 153 de 1887, la misma que parte del supuesto de la plenitud hermenéutica del derecho pregonada por HANS KELSEN[618], y según la cual el derecho no tiene vacíos, no tiene lagunas: Lo que ordena, pues, el artículo 48 de la ley 153 de 1887 al Juez, es que administre justicia, so pena de que su denegación de Justicia, invocando vacíos, insuficiencias o lagunas en la ley, sea tomado como constitutivo de prevaricato por omisión, de donde se sigue que representa tal disposición, en relación con el artículo 150 del Código Penal que viene siendo por nosotros examinado, es un paratipo penal, entendiendo por tal, como lo hace NOVOA PEREIRA[619], "la descripción casuística de una conducta humana particular hecha por el legislador, la cual se encuentra legalmente asimilada o referida a un tipo penal, pudiendo, o no, subsumirse en él, y quedando, cuando se aparta de sus presupuestos estructurales, desprovista de sanción".

De esta manera, la proposición jurídica completa, en relación con el servidor público a quien fuese a formularse un juicio de responsabilidad penal, por no haber administrado Justicia argumentando el silencio de la ley, sería:

(art. 150 C.P. + art. 48, Ley 153/1887)

4.2.2. Otro tanto podríamos nosotros sostener en relación con el artículo 5o. del decreto 3851 de 1985, según el cual:

"Cuando se presentaren nuevas emergencias ocasionadas por la actividad volcánica del volcán Nevado del Ruiz, o como consecuencia de las ocurridas, los alcaldes municipales, los inspectores de policía, y las demás autoridades de policía, de oficio o por orden de autoridad competente, deberán desalojar a las personas que se encuentren en las áreas de desastre y de riesgo, prestando su concurso para trasladar las pertenencias indispensables si para ello hubiere tiempo. **Quienes incumplieren la obligación anterior incurrirán en el delito de prevaricato por omisión previsto en el artículo 150 del Código Penal, sin que respecto de ello proceda el beneficio de excarcelación**" (Negrillas fuera del texto).

Decimos que lo mismo que planteábamos respecto de la obligación de administrar justicia era proponible en relación con el recientemente transcrito artículo 5o. del decreto 3851 de 1985, por la sencilla razón de que también aquí, estamos en

---

[618] Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1974. 12a. ed. Págs. 172-178.

[619] Novoa Pereira, Jorge. *La Paratipicidad Penal*. Editorial Temis, Bogotá, 1979. Pág. 3.

presencia de un paratipo penal, de donde la proposición jurídica completa, en el caso de los servidores públicos que fuesen a ser sancionados por una de tales omisiones, sería la siguiente:

(art. 150, C.P. + art. 5o., Decr. 3851/85)

con lo cual se estaría descartando la posibilidad de un concurso efectivo de tipos penales. Con todo, justo es reconocerlo, si revisamos la reglamentación procesal allí mismo contenida, observaremos que ella comporta un flagrante atentado contra el principio de igualdad, contenido en el artículo 8o. del Código Penal, como que es claro que si la emergencia o desastre se produce en las inmediaciones del volcán nevado del Ruiz, no procede la excarcelación de aquellos servidores públicos que, justamente con fundamento en tal paratipo, hubiesen incurrido en el prevaricato por omisión; empero, si la emergencia o desastre acaece en cualquiera otra zona volcánica de nuestro país (por ejemplo, por erupción del volcán Galeras), sí procedería la concesión del beneficio de libertad provisional, respecto de aquellos servidores públicos que, en razón de una tal omisión en su actuar, hubiesen materializado con su actuar el tipo penal en comento.

4.2.3. Examinemos ahora lo que sucede en relación con el inciso primero del artículo 53 del decreto 2591 de 1991, que dispone:

> "El que incumpla el fallo de tutela o el juez que incumpla las funciones que le son propias de conformidad con este decreto incurrirá, según el caso, en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión o en las sanciones penales a que hubiere lugar" (Negrillas fuera del texto).

Creemos que aquí, nuevamente, aparece un innecesario paratipo penal, en relación con el juez que no cumple sus funciones de tal, en cuanto hace con la atención y tramitación de una acción de tutela, al que se hace responsable penalmente, bajo los moldes típicos del prevaricato por omisión.

4.2.4. Por último, una situación completamente diferente es la que se presenta respecto del artículo 33 de la Ley 40 de 1993 (estatuto anti-secuestro), que dispone:

> "El [servidor público] que omita, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones **en relación con la prevención, investigación o juzgamiento de una extorsión o un secuestro**, incurrirá en prisión de dos (2) a diez (10) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término". (Negrillas fuera del texto).

Y decimos que se trata allí de una situación completamente diferente, por la sencilla razón de que aquí no se presenta un paratipo que se integre con la descripción básica de la conducta de cara a la conformación de la conducta típica: De lo que se trata aquí es de un concurso aparente de tipos penales que, en este caso, puede (debe) ser resuelto a través del principio de la especialidad: Si de lo que se trata es de que la omisión o retardo (genéricamente expresado) del funcionario,

dice referencia a la prevención, investigación o juzgamiento de un delito de extorsión o secuestro, la norma que ha de ser aplicada es la del artículo 33 de la ley 40 de 1993, con prescindencia de la contenida en el artículo 150 del Código Penal, que es aquí analizada.

CAPÍTULO TERCERO

PREVARICATO POR ASESORAMIENTO ILEGAL

El artículo 151 del Código Penal -con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 190 de 1995- contempla una forma que podríamos calificar de "impropia", en relación con el prevaricato, al disponer:

> "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".

Si se dice que se trata aquí, en nuestro sentir, de una forma impropia de prevaricato, es porque no es que; en este caso, el sujeto activo de la infracción esté emitiendo una providencia contraria a la ley, y ni siquiera que esté dejando de hacer lo que funcionalmente le corresponde. No. De lo que se trata es que ese agente delictual se aplica a aconsejar o asesorar, de manera ilícita, a la persona que gestiona un asunto público de su competencia.

1. RAZÓN DE ACRIMINACIÓN.

En opinión de GÓMEZ MÉNDEZ[620], la razón de ser de este tipo penal estriba en el hecho de que la observancia de este comportamiento patentiza una "violación a los deberes de imparcialidad propios del empleado oficial", lo que, ciertamente, y en atención al contenido mismo del artículo 151 del Código Penal, no puede ser por nosotros compartido (con las consecuencias que más adelante habrá de ponerse de presente).

En verdad, atendiendo a la redacción misma imprimida por el legislador a la disposición que se examina, creemos nosotros que la razón de acriminación de esta conducta estriba en dos razones básicas, cuales las siguientes:

- La primera, en el interés que tiene la misma Administración en cuidar, en preservar, en defender y mantener su buena imagen, la misma que se vería empañada si los propios funcionarios al servicio de la Administración, se ocupan, eventual o habitualmente, de prestar asesoría o consejo a las personas que ante sus

---

[620] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 124.

mismos despachos gestionan algún asunto (así no sea aquel en el cual les está siendo prestada la asesoría), o, lo que es peor, si esos mismos servidores públicos sirviesen como apoderados a esas personas, en asuntos que se tramitan en otros despachos oficiales (judiciales o administrativos), pues que ya sería el colmo pensar en que les sirvan de apoderados en los asuntos que se tramitan en su propio despacho. En este sentido, digamos que el legislador ha hecho acogimiento, a través de la acriminación de aquel adagio popular, según el cual "la mujer del César no sólo tiene que ser buena, sino que debe también parecerlo", con todo lo cual se pone de presente que la primera parte de la razón de acriminación de esta conducta, que en gran medida se compadece con el objeto jurídico de protección, es la buena imagen de la Administración.

- Empero, creemos que existe una segunda razón por la cual el legislador consideró pertinente acriminar este comportamiento, la misma que toca con la buena marcha de la Administración: Realmente, desde el momento en que la Administración Pública (entendido el concepto en sentido amplio), contrata o vincula a su servicio a una persona, es porque de manera exclusiva y excluyente requiere de sus servicios personales y profesionales, de tal manera que esa persona debe estar en completa y absoluta disponibilidad laboral frente a la Administración, de tal manera que esa posibilidad de disponibilidad de los servicios de tal funcionario se verían obstaculizados, disminuídos o entrabados, si esa persona que labora en y para la Administración, paralelamente está dedicando su tiempo (de manera coetánea con el que debe aplicar al cumplimiento de sus deberes y obligaciones contractuales o administrativos con la Administración Pública), asesorando, aconsejando o patrocinando a las personas que gestionan asuntos en su propio despacho, así ello sea en asuntos diferentes a los que se tramitan por parte de esa persona, en el despacho en el cual labora de ordinario el propio funcionario.

Lo anteriormente expuesto, entonces, nos lleva a disentir del criterio de GÓMEZ MÉNDEZ, en cuanto a que la razón de acriminación de este comportamiento radica en la imparcialidad del funcionario, que ha de ser, supuestamente, preservada por la ley penal: En muchas oportunidades, como lo hemos puesto de presente, ese consejo, asesoría o patrocinio, en nada afectará, al menos de manera inmediata, la imparcialidad del funcionario[621].

---

[621] Siendo claro, en todo caso, que no es necesario que se produzca perjuicio alguno, de cara a la estructuración como típica de la conducta, tal como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte Suprema de Justicia en providencia de Agosto 25 de 1994, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda:

"El delito de prevaricato por asesoramiento ilegal por el cual responde el procesado A.G.B., presupone, de conformidad con el art. 151 del Código Penal la comisión de un abuso de autoridad por parte del empleado oficial, que entrando a desconocer la imparcialidad y el equilibrio debidos en la tramitación y definición de los asuntos que le han sido asignados por la administración, ilícitamente asesora, patrocina o da consejo a persona que gestiona asunto en su despacho.

A diferencia del art. 169 de la anterior legislación penal que bajo la misma denominación describía esta figura, no exige ahora el legislador la causación de un perjuicio a terceros, como tampoco

2. IMAGEN RECTORA

Conforme a lo expuesto, tiénese que la imagen rectora de esta figura delictual está constituida por los siguientes elementos:

2.1. Se trata de un sujeto activo calificado, representado por un servidor público;

2.2. Que ese servidor público asesore, aconseje o patrocine a una persona, siendo ese, entonces, el contenido de la conducta ejecutiva, la misma que se encuentra descrita, dentro de este tipo penal, de manera alternativa, esto es, que basta con que se materialice una cualquiera de esas conductas, para que se entienda ya configurada la conducta típica.

Asesorar es prestar asesoría, lo que equivale a dar consejo, ilustración, orientación, motivo por el cual consideramos nosotros que es ese un vocablo que, al menos en principio, aparecería como sinónimo del verbo aconsejar que en segunda instancia caracteriza la conducta ejecutiva propia de este tipo: Quizá, entonces, la única referencia radicaría en que mientras la asesoría introduce la idea de profesionalidad, habitualidad y especialización de parte de quien tal servicio presta, la segunda, esto es, el aconsejar pareciera que pudiera ser dispensado por cualquier persona, sin mayor nivel técnico o de especialización.

En este orden de ideas, asesoraría a otra persona, el servidor público que de manera específica, habitual, especializada, dispensase orientación e ilustración, en sus actividades privadas (comerciales o profesionales); a tiempo que aconsejaría el servidor público que tan sólo de manera esporádica, eventual, diere alguna directriz u orientación comportamental a una persona.

Finalmente, por patrocinar ha de entenderse aquí a la persona que sirve de apoderada a otra, en el manejo de sus asuntos públicos o privados, de tal manera que, en frente de la disposición que nos ocupa, ello haría referencia al servidor público que, no obstante las expresas prohibiciones que por incompatibilidad existen al respecto, actuase como apoderado de una persona, representándola o asistiéndola en condición de apoderado, en la atención o tramitación de cualquier proceso o diligencia de su competencia.

2.3. Esa asesoría, consejo o patrocinio que sanciona la norma en comento, ha de ser prestada por el servidor público al particular (o a otro servidor público), "que gestione cualquier asunto público de su competencia".

---

que el motor que impulsa la acción sea la animadversión o simpatía que aniden en la conciencia del actor, constituyendo sí, en todo caso la conducta, una agresión o riesgo para el bien jurídico de la administración pública que con actos de esta laya se desordena y desprestigia, desnaturalizando los principios de transparencia, publicidad e igualdad que deben caracterizar todo el actuar de los servidores públicos".

Para los efectos ilustrativos pertinentes, seános permitido señalar que esta tesis fue íntegramente acogida y reiterada en providencia de Agosto 27 de 1997 de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.

Como se ve, a diferencia de lo propuesto por el texto original del artículo 151 del Código Penal, según el cual esa asesoría, consejo o patrocinio debía dispensarse a persona que gestionase "cualquier asunto en su despacho", la norma actualmente vigente dispone que se trata ya de "persona que gestione cualquier asunto público de su competencia", con lo cual se han introducido dos grandes modificaciones a ese elemento normativo del tipo: la primera, que se ha eliminado la referencia específica que se hacía a la gestión del respectivo asunto, en propio despacho del funcionario (descartando así el elemento descriptivo de carácter espacial que consagraba el tipo); pero la segunda, que precisa el contenido de la conducta punible, es que el asunto en que se presta tal asesoría, consejo o patrocinio, no sólo observe el carácter de público, sino que, al mismo tiempo, sea de su competencia, con lo cual, si bien no hay una referencia al espacio físico del despacho, el asunto sí ha de entenderse vinculado, al menos funcionalmente, al mismo.

Esas dos situaciones nos llevan a predicar que si la persona no se encuentra coetánea y paralelamente, gestionando cualquier asunto público, el mismo que ha de ser de competencia del funcionario, no estaremos en presencia de esta forma impropia de prevaricato, sino en el asesoramiento ilegal que describe y sanciona el artículo 157 del Código Penal, que no exige de esa doble caracterización[622].

---

[622] Clarificando las diferencias existentes entre el prevaricato por asesoramiento ilegal, y el abuso de autoridad por asesoramiento ilegal, la Corte Suprema de Justicia, en providencia de agosto 27 de 1997, con ponencia del Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll, explicó:

"Al respecto comiéncese por decir que no encuentra la Corte que la adecuación típica de la conducta ofrezca dificultad alguna, en la medida en que no se presenta para el caso siquiera un aparente concurso de hechos punibles entre el tipo del prevaricato por asesoramiento ilegal, previsto en el art. 151 del Código Penal, vigente para el momento de ocurrencia de los hechos y aplicable por virtud del principio de favorabilidad frente a la nueva normativa que describe la conducta (Ley 190 de 1995, art. 30), y el abuso de autoridad por asesoramiento ilegal de que trata el art. 157 del Código Penal, también vigente por entonces.

De la diferencia entre estos dos tipos penales, consistentes en que mientras en el primero la realización de cualquiera de las conductas alternativas de asesorar, aconsejar o patrocinar a una persona, exige que ella "gestione cualquier asunto en su despacho" como elemento indispensable para su configuración, la segunda apunta a sancionar cualquiera de las conductas del servidor público dirigidas a representar, litigar, gestionar o asesorar, a persona alguna en asuntos judiciales, policivos o administrativos cuyo trámite se pretenda adelantar en otra dependencia oficial.

La mayor severidad en la sanción del prevaricato por asesoramiento ilegal, frente al delito de abuso de autoridad por asesoramiento y otras actuaciones, halla su razón de ser en la intensidad de la exigencia de transparencia e imparcialidad de los funcionarios, respecto de aquellos que concurren en demanda de una respuesta judicial o administrativa a sus pretensiones, lo cual supone la más absoluta neutralidad del llamado a dispensar la resolución, como principio de organización del Estado de Derecho.

De ahí que siempre haya sido estimado de gran dañosidad para la imparcialidad de la administración pública, la asesoría, el consejo o patrocinio ilegales que el funcionario, a cuyo cargo se encuentra decidir el asunto, brinde a los interesados en la decisión, desequilibrando las condiciones de igualdad en que deben hallarse quienes acceden a la administración en demanda de servicios, o resolución de conflictos interpersonales, o entre particulares y las autoridades públicas. En el caso del juez,

Ya en vigencia del texto original del artículo 151 del Código Penal, GÓMEZ MÉNDEZ[623] señalaba que "la asesoría, el patrocinio o el consejo deben referirse al asunto sometido a la decisión del agente", de tal manera que, decía, "si se asesora, aconseja o patrocina a persona que gestiona cualquier asunto ante el despacho del funcionario, pero en relación con un tópico diferente (incluso si es de orden jurídico), no se tipifica el delito estudiado".

En atención a las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la ley 190 de 1995, puede decirse que, de cara a la estructuración típica de la conducta, sí es menester e indispensable, sin el menor asomo de duda -como sí quedaba en el texto anterior- que el acto en el cual se presta asesoría, no solamente sea de carácter público (pues que, por ejemplo, sería penalmente indiferente que se prestase una asesoría de corte conyugal, familiar o sentimental); sino que es necesario que ese asunto ronde la órbita de competencia de ese determinado funcionario, pues que, de no ser así, no estaríamos en presencia de esta forma impropia de prevaricato, sino en la del abuso de autoridad por asesoramiento ilegal.

2.4. Esa asesoría, consejo o patrocinio que sanciona la norma en comento, deben prestarse de manera ilícita, esto es, por fuera o, en su caso, contrariando los deberes oficiales.

Que la asesoría, el consejo o el patrocinio sean ilícitos quiere decir que se dan por fuera o, aún, contrariando los deberes o funciones oficiales del servidor. Ello, entonces, nos permite sostener que existen asesorías, consejos o patrocinios que sí son lícitos y que, por obvia consecuencia, quedan por fuera de la represión normativa aquí contenida, como son aquellas que se prestan de buena fe y sin perjuicio para la Administración, de tal manera que no vulneran el interés jurídico tutelado: Tal, la hipótesis que se presenta cuando el juez o el secretario le indican a la persona sin formación jurídica, y que actúa dentro del proceso sin el patrocinio de un abogado, la forma en que debe presentar una determinada petición (por ejemplo, relacionada con la devolución de sus bienes, transitoriamente decomisados); o

---

siendo él por antonomasia el llamado constitucionalmente a dirimir las controversias sociales de acuerdo con las normas que reglan su competencia, como el que más ha de estar despojado de cualquier interés particular en el asunto donde debe declarar el derecho.

Es por eso que la configuración constitucional de su función, lo concibe como un tercero supra parte del conflicto, ubicándolo así por encima de los litigantes, no solo desde el punto de vista esquemático-formal, sino sustancialmente, en el entendido que interviene sin más pretensión que realizar el derecho y la justicia, con exclusiva sumisión al imperio de la ley.

Tanto es el celo con que en este opera el sistema en la función de administrar justicia, que en guarda de la imparcialidad ha impuesto a los funcionarios la obligación de separarse del conocimiento en los eventos en que ella no esté garantizada, y a las partes la de recusarles por los mismos motivos.

De no acomodarse a esta preceptiva de verticalidad, o inclinar la balanza hacia el favorecimiento de un sujeto en particular, la declaración de justicia que del juez se espera, se pervierte para convertirse en abuso del poder conferido".

[623] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 125.

el caso que frecuentemente se presenta por parte de los servidores públicos en los despachos judiciales (juez, secretario), que han de ilustrar a los estudiantes de los consultorios jurídicos en relación con ciertos tópicos específicos relativos a un proceso penal, habida cuenta sus falencias cognoscitivas para tales estadios de su instrucción, (como cuando el juez o el secretario del despacho, le indican al estudiante que debe o puede presentar un determinado alegato; que tienen la oportunidad y el derecho de interponer un recurso; que pueden obtener copias del expediente, etc., etc., consejos esos de los que difícilmente ha estado exento quien haya comenzado a trasegar por los despachos judiciales, en el entendido de que una cosa es la teoría que se enseña y explica en nuestras facultades de derecho, y otra muy distinta la práctica cotidiana que se aplica y materializa en los despachos judiciales).

Igualmente, creemos que es una asesoría o consejo lícito el que se dispensa por parte del superior jerárquico en relación con su inferior, en el mismo ámbito de los funcionarios judiciales, respecto a la forma o sentido en que debe ser atendida una diligencia o resuelta una petición de los sujetos procesales, pues que, al menos en un principio, ni se está afectando la buena imagen, ni se está afectando la buena marcha de la Administración y, mucho menos, se está afectando la imparcialidad que debe y tiene que presidir la actuación de la Administración, con todo lo cual se ponen de presente dos cosas: Una, que no son lícitas las asesorías o consejos que conviertan al servidor en juez y parte; y la otra, que la persona que tal consejo o asesoría recibe, puede ser tanto un particular como otro servidor público, ya que, al fin de cuentas, la norma en examen no cualificó al destinatario de tal ilustración u orientación.

Finalmente, puede perfectamente un servidor público servir de apoderado a quienes algún asunto tramiten en su despacho, cuando en ello no esté involucrada la buena imagen la buena marcha y la imparcialidad de la Administración, como cuando uno de los magistrados de la sala penal del respectivo Tribunal del Distrito Judicial, ante el cual se tramitan algunos procesos penales en contra de subalternos suyos, sirve de apoderado de todos los jueces de su distrito, a fin de entablar reclamaciones laborales o de presentarlos en asambleas de la asociación nacional de empleados judiciales.

SUBSECCIÓN OCTAVA
ABUSOS DE AUTORIDAD Y OTRAS INFRACCIONES

CAPÍTULO PRIMERO
GENERALIDADES

1. CONTENIDO GENERAL.

Con arreglo a lo previsto en este capítulo, y concretamente en lo dispuesto en los artículos 152 a 160 del Código Penal, el legislador colombiano pretende reprimir algunas conductas realizadas por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, con ocasión del ejercicio de las mismas o, finalmente, del cargo que desempeñan, por razón o como manifestación de las cuales se entiende materializado o patentizado un abuso de esa autoridad de la cual se encuentran ellos investidos: La esencia del capítulo, dice PÉREZ[624], reside en la aspiración del legislador de sancionar el desviado e incorrecto ejercicio de las atribuciones públicas, bien sea que ello se realice en detrimento de la misma administración, bien sea que ello se realice en detrimento de los particulares.

El código, para efectos de la sistematización de las conductas previstas en este Capítulo, contempla un tipo penal básico, cual es el contenido en el artículo 152 (abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto), y agrupa, a continuación, una serie de comportamientos adicionales, algunos de los cuales, ciertamente, no se compadecen, estrictamente, con el concepto de abuso de autoridad[625]. En efecto, si bien puede decirse que son verdaderos abusos de autoridad los hechos descritos en los artículos 152 (abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto), 154 (revelación de secretos), 155 (utilización de asunto sometido a secreto o reserva), 159 (empleo ilegal de la fuerza pública) y 160 (omisión de apoyo), es lo cierto que los hechos restantes previstos como punibles en este capítulo del Título III del Código Penal, no son propiamente representativos de abusos de autoridad sino, más bien, de incumplimiento de deberes especiales de los servidores públicos, consistentes en denunciar los hechos punibles investigables de oficio y de los cuales tengan conocimiento (art. 153), abstenerse de abandonar el ejercicio del cargo (art. 156), abstenerse de ejercer como abogado (art. 157) y abstenerse de intervenir en política (art. 158). Por eso[626], es por lo que el capítulo en comento se denomina abusos de

---

[624] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 298.

[625] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 126.

[626] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 130.

autoridad y otras infracciones, esto es, porque se establecen aquí, como punibles, algunos comportamientos que, como se ha visto, no responden exacta y fielmente al concepto genérico de abuso de autoridad, lo cual, dicho sea de paso, no pareciera ser lo más técnico ni adecuado, desde el punto de vista legislativo, como que genera no pocos problemas hermenéuticos.

Ahora bien, los abusos de autoridad aquí previstos son, como todas las infracciones contenidas en los capítulos precedentes de este mismo Título del Código Penal, ataques contra la Administración Pública, si bien debe subrayarse que con calidades distintas debido a la diversidad de los elementos subjetivos por mucho que todos ellos impliquen abusos del poder confiado al agente: En el peculado, por ejemplo, el abuso aparece como violación del deber de fidelidad, y el resultado es la usurpación o malversación de los bienes comunes. En la concusión, el abuso consiste en hacerse dar, entregar o prometer dinero o cualquier otra ventaja, aprovechando el temor que el poder infunde en las personas. En el cohecho, el abuso de poder reside en la aceptación de promesas o dádivas para ejecutar actos propios de sus funciones o para contrariar la ley, bien sea abiertamente, bien sea por omisión o retardo. En el prevaricato, el abuso de autoridad se patentiza en el quebranto manifiesto de la ley.

Por el contrario, los abusos de autoridad a que aluden los tipos penales contenidos en el capítulo que nos ocupa, no entrañan las mismas finalidades: No existe el aprovechamiento personal o de terceros, característico de casi todas las infracciones contra la Administración Pública, como que basta la acción abusaria para que se realice el hecho punible. Dicho de otra manera: Si las normas precedentes, contenidas en los siete capítulos anteriores del Título III del Código Penal, incriminan el abuso de autoridad por las satisfacciones indebidas, el capítulo VIII de ese mismo Título hace referencia al abuso de autoridad puro y simple[627].

1.2. ABUSOS DE AUTORIDAD NO COMPRENDIDOS EN ESTE CAPÍTULO.

Siendo claro que el capítulo VIII del Título III del Código Penal, no contempla todas las variantes o modalidades que puede asumir u observar el abuso de autoridad en que puede incurrir un servidor público, como que hay otros hechos que, siendo igualmente realizados por servidores públicos, entrañan abuso del poder, lesionando bienes jurídicos distintos a la Administración Pública, puede decirse que hay claros ejemplos de ello en conductas tales como las que a continuación se relaciona:

En la falsedad material e ideológica en documentos públicos, contempladas en los artículos 218 y 219 del Código Penal, lo mismo que en la falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de escritos oficiales de que trata el artículo 223, en las cuales el agente obra, además, en ejercicio de sus funciones, pero torciendo la calidad de la prueba, haciéndola mentirosa.

---

[627] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 300-301.

En el ámbito puramente electoral, puede decirse que son agentes de delitos contra la administración pública los favorecedores del voto fraudulento, en virtud del cual se suplanta a un elector, o se permite votar sin derecho, según el artículo 253; y quienes teniendo la condición de servidores públicos no entregan oportunamente los registros electorales, sellos de urna o arca triclave, de acuerdo con el art. 254.

Abusan de las funciones asignadas, y por ello extralimitan su autoridad, los servidores que privan a alguien de su libertad, los que prolongan ilícitamente la privación de la libertad de una persona y quienes reciben a una persona para detenerla o mantenerla bajo medida de seguridad, sin que estén cumplidos los requisitos legales, según lo respectivamente dispuesto en los artículos 272, 273 y 274 del Código Penal. Igualmente, hay abuso de autoridad por parte del juez que no tramita o no decide dentro de los términos legales una petición de Habeas Corpus, o que obstaculiza su tramitación, según el artículo 275 ejusdem.

Fuera de los anteriormente señalados, hay abuso de autoridad, bien como elemento constitutivo de la infracción, bien como circunstancia de agravación punitiva (por razón de la función o del cargo), en eventos tales como los previstos en los artículos 82, 132 a 137, 140 a 146, 148 a 151, 153 a 159, 162, 164, 180, 182, 209, 214, 223, 255, 258, 286 y 293. En todas estas situaciones, dice PÉREZ[628], el agente es incriminable por violaciones de mayor entidad, no por el simple abuso de su función o de su cargo.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE ESTE CAPÍTULO.

El capítulo VIII del Título III del Código Penal actualmente vigente, encuentra su antecedente inmediato en el capítulo VI del Título III del Código Penal de 1936, artículos 171 y subsiguientes, que llevaba la misma denominación que el actual, "de los abusos de autoridad y otras infracciones". A su vez, según lo recuerda BERNAL PINZÓN[629], la regulación pertinente contenida en el Código Penal de 1936, tenía su origen inmediato en el Código Penal italiano vigente y este, a su vez, en el Código Penal Italiano de 1889.

Ese recuento histórico viene a colación, por la sencilla razón de que recordando la razón de ser de la normatividad contemplada en el Código Penal italiano actualmente vigente, y, de manera específica, la contemplada en el artículo 323 (abuso de autoridad), BERNAL PINZÓN señala que en la Exposición de Motivos de, en ese entonces, proyecto de Código Penal para Italia, se dejó consignado:

> "...sin este título genérico suplementario de delito, quedarían impunes aquellos delitos de funcionario público que no pueden catalogarse entre los títulos especiales de delitos con los cuales se reprimen los abusos nominados de autoridad". (Negrillas en el texto).

---

[628] Ibídem, págs. 302-303.

[629] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 160-161.

Más aún, el mismo autor en cita rememora que en la respectiva relación ministerial sobre el Código italiano de 1889 se había expresado la idea que a continuación se transcribe, justificativa del artículo, manifestándose que el artículo 175 de ese Código (el italiano de 1889),

> "...contiene una disposición, general y complementaria, encaminada a reprimir todos aquellos abusos cometidos por los funcionarios públicos contra el derecho ajeno y que no han sido contemplados en una especial disposición legal. Comoquiera que no todos los abusos que pueden cometerse por parte de los funcionarios públicos están especialmente previstos y reprimidos por el Código, es justo, para evitar notables lagunas, que una norma general prevea todas las consecuencias posibles" (Negrillas en el texto).

Por esta vía, entonces, creemos que queda suficientemente establecido y explicado el por qué de la necesidad de una expresa norma penal que consagre como delictual, estos genéricos abusos de autoridad, llenándose así el vacío que reportaría como consecuencia la impunidad, por la imposibilidad de aplicación analógica de la ley penal, en relación con aquellas formas de abusos de autoridad innominados.

3. FUNDAMENTOS DEL CAPÍTULO VIII DEL TÍTULO III DEL CÓDIGO PENAL.

Desde dos puntos de vista podemos nosotros analizar lo correspondiente al fundamento del contenido normativo del capítulo VIII del Título III del Código Penal, que viene siendo por nosotros analizado: En un primer momento, ello puede ser considerado desde el punto de vista filosófico, comprendiendo allí razones de índole ontológica y axiológica; y, en un segundo instante, ello puede ser finalmente analizado desde la perspectiva puramente jurídica, atendiendo a la regulación constitucional del tema.

3.1. FUNDAMENTO FILOSÓFICO.

En la medida en que los coasociados soportan graves y grandes gravámenes y limitaciones actuarias, a tiempo que el poder de dirección, control y manejo de los asuntos estatales y oficiales se concentra en unos cuantos, bien sea que se considere que ello acontece por la voluntad expresa de los primeros o porque, de otra parte, se encuentren en absoluta imposibilidad para manifestar su voluntad contraria al mantenimiento de tal estado de cosas, lo menos que puede pretenderse por parte de los coasociados, es que se exija a esos agentes oficiales, representantes del poder público, que no lesionen sus derechos fundamentales ni perjudiquen los fueros humanos reconocidos como garantía para la coexistencia social[630].

---

[630] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 298.

Si la autoridad pública es el poder que una persona tiene, en razón de su empleo público, para regir o gobernar personas o cosas[631], puede colegirse, entonces, que abusar, aquí, comporta usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente la autoridad de que está revestido el servidor. Siendo así las cosas, se tiene que el abuso de autoridad consiste en el desviado, excesivo o incorrecto ejercicio de la potestad pública de que está revestido el servidor en razón de las funciones que ejerce, de modo que hay abuso de autoridad cuando el servidor ejerce excesiva, desviada o indebidamente la potestad de mandar, amonestar, corregir, castigar, etc..

3.2. FUNDAMENTO JURÍDICO.

El capítulo VIII del Título III del Código Penal, como todas las demás formas de abusos de autoridad contemplados en nuestro Código penal, encuentran fundamento jurídico, finalmente, en algunas disposiciones de la Constitución Nacional, y, de manera específica, en aquellas que señalan la teleología de las autoridades oficiales en Colombia, el marco de su actuación y el origen de su responsabilidad.

Cuanto a lo primero, debe recordarse que, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2o. de la Constitución Nacional de 1991,

> "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Respecto a lo segundo, no puede perderse de vista que las autoridades oficiales en Colombia tienen un estricto marco de actuación, toda vez que según lo dispuesto en el artículo 121, se tiene que "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley"; lo cual es inmediatamente complementado por el artículo 122 de la misma Carta Fundamental, según el cual, "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento".

Finalmente, y en cuanto toca con lo tercero, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta,

> "Los particulares sólo 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**". (Negrillas fuera del texto).

Contando, entonces, con el recuento normativo efectuado con fundamento en la Constitución Nacional, aparece claro que el legislador en materias jurídico-penales, tenga, manifieste y patentice interés por regular, dentro de tal órbita, la conducta de los servidores públicos que abusan de su autoridad, especialmente

---

[631] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 129.

teniendo en cuenta que, por razón de lo dispuesto en el artículo 124 de la misma Constitución,

> "La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva",

en el entendido de que lo que se está haciendo aquí, esto es, en el capítulo del Código Penal cuyo examen y entendimiento actualmente nos ocupa, es definir, delimitar y regular, la responsabilidad penal de los servidores públicos, cuando del ejercicio abusivo de su cargo o de sus funciones se trata.

CAPÍTULO SEGUNDO

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO O INJUSTO

0. REGLAMENTACIÓN POSITIVA E IMAGEN RECTORA.

Con las modificaciones genéricas introducidas por los artículos 18 y 32 de la ley 190 de 1995, el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto aparece reglamentado en el artículo 152 del Código Penal, en los siguientes términos:

> "El [servidor público] 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 [entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes] e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años".

De allí, entonces, que pueda decirse que son elementos de la estructura propia de este tipo penal, los siguientes:

- Sujeto activo calificado, a saber, un servidor público;
- Que ese servidor público, cometa un acto arbitrario o injusto;
- Que ese acto arbitrario o injusto, cometido por el servidor público, haya tenido patentización con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas;
- Finalmente, que el acto arbitrario o injusto así materializado, no debe configurar, a su vez, ningún otro delito.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Ya habíamos dicho que todo el capítulo que nos ocupa, encuentra su antecedente inmediato en el Código Penal de 1936 y, de manera remota, en el Código Penal italiano actualmente vigente. Ahora, cuando de manera específica se trata de analizar el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, hemos de decir que tal disposición encuentra su antecedente inmediato en el artículo 171 del Código Penal de 1936, el mismo que observaba el siguiente tenor literal:

> "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 contra una propiedad, incurrirá en la privación del empleo, y en multa de diez a quinientos pesos".

Como se ve, la diferencia fundamental entre el contenido normativo del actual artículo 152 del Código Penal, y el del artículo 171 del Código Penal de 1936 consistía, desde el punto de vista de la descripción comportamental, en el hecho de que la norma anteriormente vigente exigía que el acto arbitrario o injusto que era cometido directa o indirectamente por el empleado oficial -en la terminología de la época-, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de las mismas, debía atentar contra una persona o contra una propiedad, lo cual, ciertamente, ameritó dos clases de comentarios en esa época: De una parte, se encontraban aquellos analistas de la ley penal que, como JORGE GUTIÉRREZ GÓMEZ[632] apuntaban que ese dolo específico referido al hecho de que se tuviese la intención de afectar una persona o una propiedad, resultaba inadecuado, arguyendo que "el simple daño a las propiedades no tiene ningún alcance jurídico sino en cuanto se perjudique a las personas, que son los únicos sujetos de derecho"; crítica que era compartida, a su turno, por PACHECO OSORIO[633], quien comentando los alcances de la norma apuntaba que, conforme a su redacción "no podrá sostenerse que incurre en delito el funcionario que comete un acto arbitrario o injusto contra una cosa, que no puede ser sujeto pasivo de ninguna infracción, mientras no se oponga a alguno de los derechos que sobre ella tenga una persona".

Del otro lado, a su turno, aparecían comentaristas como el maestro BERNAL PINZÓN[634], para quienes, sin dejar de reconocer de que si bien podría decirse que se había materializado allí una "impropiedad en el lenguaje", no era menos cierto que "la norma no puede dar lugar a confusiones de ninguna especie; cuando se habla de acto arbitrario o injusto contra "una propiedad", no puede entenderse, porque ello es ilógico, que se esté refiriendo la ley a una finca, a una propiedad raíz, a la cual no están vinculados ciertos derechos reales que son precisamente los que se quiere amparar y los que en el caso concreto reciben el perjuicio", concluyendo que "lo demás es pura y simple exégesis".

De allí, entonces, que un sector mayoritario de la doctrina nacional de la época, siguiendo en ello los criterios de la Corte Suprema de Justicia[635], exigiese la materialización de un perjuicio con ocasión de esta conducta delictual, referido, como se ha visto, a una persona o a una cosa, si bien, como se ha visto, no existía la absoluta claridad en torno a si se trataba de un dolo específico (como lo sostenía GUTIÉRREZ GÓMEZ), o de un dolo genérico (como lo sostenían PACHECO OSORIO y el mismo BERNAL PINZÓN).

Ahora bien, debe recordarse que, a su vez, ese artículo 171 del Código Penal de 1936 encontraba su antecedente inmediato en el artículo 323 del Código Penal italiano, según el cual,

---

[632] Citado por Bernal Pinzón. *Op. Cit.* Pág. 170.

[633] Citado por Bernal Pinzón. *Op. Cit.* Pág. 171.

[634] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 171.

[635] Tal como lo hiciese, según recuerda Bernal Pinzón, en sentencia de Junio 25 de 1960, proferida en Sala de Casación Penal. *Op. Cit.* Pág. 171.

"El funcionario que, abusando de los poderes inherentes a sus funciones, cometa, para ocasionarles a otros un perjuicio o para ocasionarles un provecho, algún acto no previsto como infracción por especial disposición legal, será castigado...",

del cual pueden desprenderse, sin temor a equívocos, dos conclusiones: la primera, que en la legislación penal italiana, sí se exige expresamente la materialización de un perjuicio, de cara a la estructuración de esta conducta típica; y la segunda, que en la misma legislación penal italiana, tal consideración sí se encuentra prevista como un dolo específico, si bien creemos que, de manera más técnica y adecuada, habría de calificarse como un elemento específico, de carácter subjetivo del tipo, ninguna de las cuales, creemos, sería deducible a la norma actualmente vigente en nuestro medio[636].

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DISPOSICIÓN EN EXAMEN.

Es claro, a nuestro modo de ver, que la naturaleza jurídica del tipo penal que estamos examinando, es la de ser un tipo penal genérico pero subsidiario: genérico, porque consagra el abuso de autoridad innominado, común a muchas formas delictuales patentizables por los servidores públicos; y subsidiario, porque el mismo sólo puede aplicarse cuando la conducta no configure, en cuanto tal, ningún otro tipo penal[637].

---

[636] Es claro, en todo caso, que a la luz de lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal, se trata aquí de una figura eminente y evidentemente dolosa, tópico este sobre el cual la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse en proveído de marzo 9 de 1982, con ponencia del **Dr. Gustavo Gómez Velásquez**, al señalar:

"El abuso de autoridad requiere que se prueben plenamente los elementos constitutivos previstos en el artículo 152 del Código Penal, es decir, que se cometa acto arbitrario o injusto por el empleado oficial. Además, este delito contra la administración de justicia, no puede ser culposo, o por error, sino esencialmente doloso. Y los hechos tan largamente debatidos, que pueden reducirse al ejercicio de una función propia del juez, la no entrega de un animal a un procesado por hurto de ganado mayor, y que murió en poder de un depositario o depositarios, en ninguna forma pueden calificarse como arbitrarios o injustos, menos como abuso de autoridad.

Para que se estructure el delito de abuso de autoridad, ha dicho la Corte, es necesario la concurrencia de un elemento, dolo genérico, del cual pueda deducirse que la arbitrariedad del acto obedece al mero capricho del funcionario y no a un simple error de interpretación, porque los errores que sufren los jueces o magistrados en la apreciación de determinado punto de derecho o en el sostenimiento de una tesis, no constituyen de por sí abuso de sus funciones cuando, por otra parte, no se ha demostrado la incorrección moral de los mismos, o sea, aquel otro dolo genérico que debe concurrir para que sea reprensible penalmente su conducta".

[637] Así, por ejemplo, lo puso de presente la Corte Suprema de Justicia, en providencia de Mayo 11 de 1992, con ponencia del **Dr. Edgar Saavedra Rojas**:

"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 verdaderos abusos de autoridad, regulados en forma autónoma y con nombres específicos diversos, habiéndose reservado la designación genérica de abuso de autoridad para otros actos arbitrarios e injustos, que por no ade-

En verdad, el abuso de autoridad patentizable por los servidores públicos, puede ser considerado desde tres puntos de vista[638]:

En primer lugar, según ha sido ello puesto de presente en páginas precedentes, como elemento constitutivo del delito, cual acontece en el peculado, la concusión, el cohecho, la detención arbitraria, etc.. En segunda instancia, como circunstancia de agravación punitiva referida a una determinada infracción penal, como acontece en los delitos de violación a los derechos políticos (art. 293) o en la violación de habitación ajena (art. 286). Y, finalmente, como abuso innominado específicamente, que recibe la denominación genérica de abuso de autoridad.

Desde este último punto de vista, precisamente, dice CARRARA[639], el abuso de autoridad es indefinido e indefinible, porque es imposible hacer una enumeración aproximada y mucho menos taxativa de las arbitrariedades e injusticias que puede cometer el funcionario público: Como hay abusos de mucha entidad, que entrañan grave daño real o potencial, la ley los ha señalado expresamente y los ha conminado con penas de variable gravedad; empero, los no previstos de manera especial se sancionan con base en la disposición que se viene analizando.

Esta situación, de manera particular, es la que nos permite diferenciar cuándo existe o no concurso de tipos penales, de una parte, y de la otra, cuándo es posible o no predicar la complicidad de un particular, respecto de la materialización de uno de tales abusos de autoridad.

2.1. CONCURSO DE TIPOS PENALES.

En cuanto a lo primero, vale decir, cuándo existe o se presenta concurso de tipos penales, ARENAS[640] plantea las siguientes reglas:

> "1a.) El acto arbitrario o injusto lo contempla la ley como delito de cualquier persona, aunque no sea funcionario público, puede cometer, como lesiones, homicidio, violación, etc.. En este primer caso concurren en el funcionario público dos delitos: el de abuso de autoridad y el de lesiones, u homicidio o violación, etc..

---

cuarse a los restantes delitos previstos en el citado Título, se ubican en aquel específico y subsidiario: por ello la norma se inicia con la expresión "el empleado oficial que fuera de los casos especialmente previstos como delito...".

La conducta descrita en el delito de abuso de autoridad es la realización de un acto arbitrario o injusto: ello significa que el tipo se perfecciona cuando un empleado oficial, materialmente ejecuta un acto, comportamiento o actividad, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas. Como en el caso subjudice el hecho que se atribuye al procesado es haber dictado una providencia contraria a la ley, es obvio que desde el punto de vista puramente objetivo debe pensarse en la posibilidad de que se hubiera cometido un prevaricato y no un abuso de autoridad".

[638] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Págs. 74-75.

[639] Citado por Arenas. *Op. Cit.*. Pág. 74.

[640] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 75.

2a.) El acto arbitrario o injusto lo contempla la ley como delito autónomo, que solamente el funcionario público puede cometer, como Peculado, Prevaricato, Detención Arbitraria, etc.. En este segundo caso no puede hablarse de concurso con delito de abuso de autoridad, el cual no es sino un elemento esencial para que se configuren aquellos delitos autónomos.
3a.) El acto arbitrario e injusto no es constitutivo de delito. En este tercer caso sólo puede hablarse de abuso de autoridad".

Con todo el respeto y acatamiento que nos merecen los pareceres de tan ilustre comentarista de la ley penal colombiana, nos permitiremos señalar que no podemos nosotros compartir totalmente sus opiniones a este respecto, en la medida en que, de manera expresa, el tipo penal que venimos examinando, y que aparece contenido en el artículo 152 del Código Penal, excluye total y definitivamente toda posibilidad de concurso de tipos penales, al disponer que el mismo resulta aplicable "siempre que el hecho no constituya delito": Si ello es así, es porque el tipo penal que revisamos, según se ha dicho, es un tipo penal subsidiario, en la medida en que sólo puede ser aplicado, cuando la conducta observada por el funcionario oficial no encuadre dentro de ningún otro tipo penal; de tal manera que si esa conducta observada en el mundo fenoménico, antes de encuadrar dentro del abuso de autoridad que, de manera genérica, contempla el artículo 152 del Código Penal, encuadra dentro de otro tipo penal, sea de los calificados como propios (de sujeto activo calificado) o impropios (de sujeto activo indiferente), lo que tendrá que aplicarse será este segundo tipo penal, y nunca el del artículo 152 del Código Penal.

No creemos, tampoco, que sea viable proponer la deducción de concurso de tipos penales cuando el abuso de autoridad se conjugue en relación con un tipo penal de sujeto activo indiferenciado, porque la norma contenida en el artículo 152 del Código Penal no establece, y ni siquiera permite establecer, la distinción que quiere introducir el profesor ARENAS: La norma no establece que ella sea aplicable, "fuera de los casos previstos como delito para los empleados oficiales", sino que se limita a señalar que ella es operante "fuera de los casos especialmente previstos como delito", con lo cual hay que colegir, como ahora lo hacemos nosotros, que el tipo penal en estudio excluye cualquier posibilidad de concurso, con cualquiera otro tipo penal, sea de sujeto activo calificado o no, contemple o no el elemento abuso de autoridad como integrante del mismo, etc..

En ese sentido, cabe anotar, BERNAL PINZÓN[641] presenta idéntica posición al exponer que en aquellos delitos en los cuales interfiere el abuso de autoridad, bien como elemento constitutivo, bien como mera circunstancia agravante, no se puede aplicar, simultáneamente, el abuso de autoridad que actualmente consagra el artículo 152 del Código Penal. Y agrega:

---

[641] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 162 y ss.

"...los casos de inaplicabilidad de esta norma [aludía al artículo 171 del Código Penal de 1936, contentivo del "Abuso de Autoridad"] se contraen a dos: Primero, cuando el abuso de autoridad es elemento constitutivo de determinado delito, solamente se aplica la norma que contiene el abuso de autoridad como elemento esencial para su estructuración, y no también el artículo 171, es decir que se excluye por expresa voluntad de la ley la posibilidad de un concurso de delitos".

Luego de recordar que son muchos los delitos que conjugan dentro de su estructura el elemento abuso de autoridad, como la concusión y el prevaricato, acota:

"La segunda hipótesis se refiere a aquellos casos de delitos en los cuales el abuso de autoridad ya no está considerado como elemento esencial o constitutivo de la figura, sino apenas como una mera circunstancia agravante. En este caso, tampoco hay lugar a que se configure un concurso de delitos, pues, aunque la norma no hace referencia expresa a la mera circunstancia agravante, sino al hecho delictivo, sin embargo consideramos que, precisamente por la función que tiene la circunstancia en la economía del delito, que en el caso no es otra que la de agravarlo, esa circunstancia de la agravación impide jurídicamente que el abuso de autoridad, que es el que en definitiva justifica o explica la agravación de la sanción penal, se le pueda atribuir dos veces al agente: una como abuso genérico de autoridad y, otra como agravación, porque, con ello, creemos que se viola el principio según el cual un mismo hecho no puede tener dos consecuencias jurídicas en relación con un sujeto.".

2.2. EL CONCURSO DE PERSONAS.

Ahora bien, en cuanto hace referencia a lo segundo, esto es, a la posibilidad de que un particular pueda ser partícipe de uno de estos abusos de autoridad, puede recordarse que, siguiendo la distinción por él anteriormente trazada, el mismo ARENAS[642] propone:

"La triple distinción anterior sirve también para establecer los casos en que puede y debe admitirse la complicidad del particular en el delito del funcionario público".

En el primero, el particular que participa en las lesiones, el homicidio, la violación carnal, etc., es cómplice de esos delitos, y si al prestar su concurso lo hizo con conocimiento de la calidad del funcionario que ejecutó el abuso de autoridad, es cómplice también de este delito. CARRARA sostiene que no hay complicidad en el abuso, pero en nuestro derecho sí hay lugar a ella siempre que se cumplan las exigencias del artículo 25.

---

[642] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 75.

En el segundo caso y con fundamento en el mismo artículo, el particular que, teniendo conocimiento de la calidad de funcionario presta su concurso en un peculado, en una concusión, etc., es cómplice de estos delitos.

En el tercer caso no hay lugar a complicidad de los particulares, ya que no se ve la razón para considerar que puedan ser cómplices cuando el hecho injusto o arbitrario no constituye en sí mismo delito. Aquí sí, de acuerdo con CARRARA, creemos que únicamente el funcionario debe responder de su delito.

Nuevamente hemos nosotros de disentir de tal opinión, porque consideramos que la situación atinente a la participación en delitos propios debe ser resuelta, en nuestro sentir, de manera diferente: En efecto, tal como ha sido ello por nosotros planteado a lo largo de todo este estudio sobre los delitos contra la administración pública, es claro que no puede un particular ser u ostentar la calidad de coautor material de este tipo de infracciones, mas sí la de coautor intelectual, esto es, de determinador; y, en cuanto hace a la complicidad, creemos que el particular sí puede llegar a ostentar tal calidad, en tanto se cumplan los presupuestos y requisitos establecidos al efecto en el artículo 24 del Código Penal.

Siendo así las cosas, y tomando como referencia concreta el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, hemos de decir que un particular no puede ser autor material del mismo, y ni siquiera coautor material de uno de estos delitos, pero que sí puede llegar a ser determinador del mismo (con las consecuencias que reporta el artículo 23 del Código Penal). Evidentemente, en tanto el abuso de autoridad no patentice otro delito y conserve su existencia autónoma, desde el punto de vista ontológico y, consecuencialmente, jurídico, puede un particular llegar a ser cómplice del mismo, siempre y cuando se satisfagan los requisitos contemplados en el artículo 24 del Código Penal.

3. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

En relación con los elementos genéricos del tipo penal en comento, puede presentarse la siguiente exposición:

3.1. LOS SUJETOS.

3.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Según la redacción actual de la norma, tiénese que el sujeto activo de esta infracción a la ley penal es uno de aquellos calificable como propios o calificados, en razón a que debe ostentar la calidad de servidor público, en los términos indicados en el artículo 63 del Código Penal -modificado por el artículo 18 de la ley 190 de 1995-, pudiendo tratarse tanto del funcionario de derecho como del funcionario de hecho, siendo algo absolutamente claro que el denominado usurpador en momento alguno podría alcanzar tal calidad (esto es, la de sujeto activo de esta conducta delictual).

3.1.2. *SUJETO PASIVO.*

Es viable, desde otro punto de vista, sostener que sujeto pasivo de esta infracción sería el propio Estado, como que es él el titular del bien jurídico aquí tutelado, a saber, la administración pública: De allí, en consecuencia, que sostengamos nosotros que el particular que recibe el perjuicio material o jurídico derivado de la patentización de ese acto arbitrario o injusto, no ostenta la calidad de sujeto pasivo de esta infracción sino, tan sólo, y en el más extremo de los eventos, de perjudicado con la misma. Ello, pone de presente, de paso, la naturaleza de tipo penal eventualmente pluriofensivo, como que por vías de la patentización del mismo no sólo se llegaría a ofender, vulnerar o poner en peligro a la administración pública, en tanto bien jurídico aquí tutelado, sino que, de otra parte, podría lesionarse o ponerse en peligro la vida, la integridad personal, la honra o el patrimonio económico de los particulares, en tanto ellos llegasen a ser, finalmente, los receptores del daño derivado de la materialización del acto arbitrario o injusto por parte del servidor público.

3.2. LOS OBJETOS.

3.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

Con la figura en comento lo que se pretende proteger por parte del legislador en relación con la administración pública, que es al fin de cuentas el bien jurídico tutelado por todo este entramado de conductas punibles que se encuadran dentro del Título III del Código Penal, no es otra cosa que la misma función pública, en cuanto hace referencia a su eficacia, y más que a su eficacia, a su rectitud y honestidad, esto es, a su actuación dentro de los marcos legales. Por ello, pues, desde otra perspectiva, puede decirse que el objeto jurídico en este tipo penal, está constituido por la honradez, la imparcialidad, la pulcritud que debe presidir la actuación de los servidores públicos, todo lo cual se vería hondamente afectado si los aludidos servidores pudiesen actuar de manera arbitraria e injusta, dentro del ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas.

3.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

El objeto material propio de esta conducta punible, se encuentra representado por el acto que observa, materializa o, como dice la norma, comete el funcionario, el mismo que, como habrá ello de ser explicado más adelante, debe conjugar la calidad de arbitrario e injusto.

Ahora bien, desde un punto de vista mediato, el objeto material de esta infracción podrá estar representado por la persona o cosa sobre la cual recaen finalmente los efectos desfavorables derivados de la comisión de ese acto, arbitrario e injusto.

3.3. LA CONDUCTA.

Recordando que es este un tipo penal de sujeto activo calificado, a saber, un

servidor público, cabe decir que la conducta ejecutiva propia de esta infracción a la ley penal se caracteriza de la siguiente manera:

- Ese servidor público comete un acto arbitrario o injusto;

- Ese acto arbitrario o injusto, cometido por el servidor público, debe haberlo sido con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas;

- Finalmente, el acto arbitrario o injusto así materializado, no debe configurar, a su vez, ningún otro delito.

Analicemos, entonces, cada uno de esos elementos:

3.3.1. *LA COMISIÓN DE UN ACTO ARBITRARIO E INJUSTO.*

Tres puntos deben ser aquí analizados: uno, el concerniente al verbo rector, cometer; el otro, referido al objeto material inmediato de la infracción, esto es, el acto observado (cometido) por el funcionario; y, finalmente, lo tocante con la cualificación del acto, que debe ser arbitrario e injusto.

3.3.1.1. *EL VERBO RECTOR: COMETER.*

Ciertamente, el vocablo cometer, utilizado por la norma que se examina, y que presenta la calidad de verbo rector de la conducta punible que nos ocupa, no pareciera ser ni la más técnica ni la más adecuada, en la medida en que los actos no se cometen sino que se realizan, se patentizan: Lo que se puede cometer, si se quiere, es un delito, una infracción; mas ello no es predicable de una conducta humana (que es, al fin de cuentas, lo que aquí se está sancionando, en la medida en que ella se exterioriza en un acto arbitrario o injusto), que sencillamente se realiza, se materializa, se patentiza.

En aval de tal parecer contamos nosotros con la definición que sobre el vocablo cometer practica el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA[643], al señalar:

> "COMETER. (Del lat. **Committére**; de **cum**, con, y **mittére**, enviar). Dar uno sus veces a otro, poniendo a su cargo y cuidado algún negocio; 2. Hablando culpas de, yerros, faltas, etc., Caer, incurrir en ellas; 3. Hablando de figuras retóricas o gramaticales, usarlas; 4. ....." (Negrillas en el texto. Subrayas fuera).

Si ello es así, entonces, aún a riesgo de ser calificados de exegéticos, habremos de decir que no nos parece acertada la utilización que del vocablo cometer ha realizado aquí el legislador, en la medida en que patentiza una de dos alternativas, cualquiera de las cuales aparece como improcedente: O que se está utilizando indebidamente el vocablo, pues que, como se ha visto, lo que se cometen son las faltas, las equivocaciones o, en nuestro caso, los delitos; o que, de otra parte, se está evaluando anticipadamente de manera negativa el acto en concreto observado

---

[643] Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, 1984. 20a. ed. Págs. 343-344.

por el funcionario, el cual, desde un primer momento (aún, desde el momento legislativo), pareciera estarse concibiendo e interpretando como malo, como dañino, como nocivo, en fin, como torcido (lo que no puede ni debe ser).

Por ello, creemos nosotros que en vez de emplearse ese vocablo cometer, nuestro legislador debió utilizar vocablos tales como patentizar, observar, y, si se quiere, realizar o materializar, mas no el de cometer, a fin de utilizar la mejor técnica legislativa posible, la cual aspira a la precisión, no sólo comportamental (en cuanto hace referencia a la descripción inequívoca de los comportamientos estimados y evaluados como punibles), sino conceptual (en cuanto dice alusión a la utilización de los vocablos y términos más precisos y exactos, en orden a la descripción de esas conductas punibles).

Sin embargo, siendo exactos y justos, habrá de reconocerse que ese vocablo cometer utilizado por el legislador colombiano en el artículo 152 del Código Penal de 1980, encuentra sus orígenes en el artículo 171 del Código Penal de 1936 y este, a su vez, en el artículo 323 del Código Penal italiano actualmente vigente, todos los cuales emplean el vocablo cometer, con lo cual, la utilización del término en comento, por parte de nuestra actual codificación penal pareciera tener más raíces históricas que conceptuales. En tal sentido, cabe recordar que el artículo 323 del Código Penal italiano[644], aún vigente en nuestros días, dispone:

> "ABUSO D'UFFICIO. Il pubblico officiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altre un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, é punito, sé il fatto non constituisce piú grave reato, con la reclusione fino a due anni.
> Sé il fatto é commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena é della reclusione da due a cinque anni". (Subrayas fuera del texto).

Superando, entonces, las observaciones precedentes, lo que sí aparece como absolutamente indiscutible, a partir del empleo del vocablo cometer, es que es este un tipo penal de conducta activa, vale decir, con fundamento en el cual se sanciona al funcionario porque ha hecho algo. Ello, porque si de lo que se trata es de que el funcionario ha dejado de hacer (lo que tenía que hacer), tendremos que referir su conducta a tipos penales diversos, como serían, en su caso, el abuso de autoridad por omisión de denuncia (art. 153) o el abuso de autoridad por omisión de apoyo (art. 160).

En este sentido, precisamente, parecería existir un faltante en el Código Penal actualmente vigente, en relación con la reglamentación normativa contenida en el capítulo pertinente del Código Penal de 1936, que en su artículo 172 contemplaba la omisión de actos oficiales, en términos igualmente genéricos, esto es, sancionando al servidor público que dejara de hacer, lo que tenía que hacer, al disponer:

---

[644] *Codice Penale e Leggi Complementari*. Edizione Simone. Napoli. 1992. Pág. 145.

> "El funcionario o empleado público que omita, rehuse 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".

No obstante, ese faltante, a nuestro modo de entender, sería meramente aparente, como que una conducta de tal tenor estaría reglamentada, esto es, descrita y sancionada, en el artículo 150, como un prevaricato por omisión, de la siguiente manera:

> "El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en las penas previstas en el artículo anterior".

Dicho de otra manera, cuando del abuso de autoridad por omision se trata, no es aplicable el artículo 152 (abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto), en la medida en que allí se contempla un tipo penal de acción, habrá de aplicarse el artículo 150 (prevaricato por omisión), bajo el supuesto de la operancia de dos condiciones: La primera, que el acto omitido no constituya una denuncia (caso en el cual debería aplicarse el artículo 153) o un apoyo (caso en el cual la norma pertinente sería la del artículo 160); y la segunda, que el acto omitido no sea un acto material, pues que, en tal caso, y como se vio en su momento al tratar lo correspondiente a tal figura delictual, la conducta devendría en atípica.

3.3.1.2. *EL OBJETO MATERIAL INMEDIATO: EL ACTO.*

Toda la conducta ejecutiva propia de esta infracción debe estar referida, es decir, debe recaer, sobre un acto. Y si bien la doctrina nacional no parece haberse interesado mayormente por este punto, como que es poco lo que en nuestro medio se ha dicho al respecto, nosotros somos de la opinión de que es este un aspecto que amerita ser clarificado, particularmente teniendo en cuenta una pregunta: Ese acto al cual alude la norma en comento, debe ser un acto jurídico, esto es, debe comportar una manifestación de voluntad de alcances o contenidos jurídicos, o será que, por el contrario, también podrá referirse a hechos materiales, esto es, a actuaciones y situaciones que si bien no observan forma jurídica alguna, pueden materializar un abuso de autoridad, en la medida en que con su patentización, se está configurando una actuación calificable como arbitraria o como injusta?

Que el acto que se constituye en objeto material inmediato de esta figura delictual pueda y deba conjugar la calidad de acto jurídico, esto es, de manifestación de voluntad proveniente de un servidor público, con forma, contenido o alcances jurídicos, es algo que aparece como aceptable y acogible, sin mayores discusiones ni comentarios. No obstante, creemos nosotros -aunque nos inclinaremos por absolver tal cuestionamiento de manera afirmativa- que la cuestión conjuga una más difícil solución, cuando de lo que se trata es de establecer si ese acto puede consistir en un hecho: A nuestro modo de ver, sí es ello posible, toda vez que es perfectamente viable que un trabajador oficial o un representante de la fuerza pública,

materialice un comportamiento que, siendo manifestación de sus prerrogativas como servidor público (entendiendo siempre el concepto dentro de los límites propios del artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de la ley 190 de 1995), alcance los ribetes de abuso de autoridad, en la medida en que se conjuga una actuación arbitraria o injusta.

De esta manera, es perfectamente viable que, por ejemplo, un trabajador oficial, al servicio de la empresa de teléfonos, corte o interrumpa la línea telefónica de un determinado usuario, a fin de presionar la obtención de un determinado propósito, que no necesariamente debe observar la calidad de patrimonial: En tales hipótesis, como cuando el aludido trabajador oficial corta o aísla el servicio telefónico, de acueducto o de recolección de basuras a un determinado usuario o grupo de usuarios, con miras a presionar el pago de las cuentas pendientes de pago, o para obtener un especial aguinaldo o regalo, creemos que puede estarse configurando un abuso de autoridad, no a partir de un acto jurídico, sino de un hecho material. Igual cosa sucede, en nuestro sentir, cuando el agente de la autoridad decomisa o incauta el balón con el cual juegan en la calle algunos vecinos, que con su bullicio le impiden el descanso, valiéndose, para esos efectos del decomiso o la incautación, de su condición de autoridad.

Por ello, en síntesis, creemos que el acto al cual alude el artículo 152 del Código Penal no es sólo aquella manifestación de voluntad con contenido, forma o alcances jurídicos directos, sino que, para el caso, también puede estar representado por todo hecho o actuación humana, observada por un servidor público, que materialice un abuso de la autoridad de la cual está investido.

3.3.1.3. *LA CUALIFICACIÓN DEL ACTO: ARBITRARIO E INJUSTO.*

Conforme a la redacción que actualmente presenta la disposición que examinamos, ese acto observado por el servidor público, debe conjugar las características de ser arbitrario o injusto, bastando con que se conjugue una sola de tales circunstancias (esto es, que no es necesario que, al mismo tiempo, sea arbitrario e injusto).

Esta caracterización del acto que ha de ser patentizado por el servidor público, nos permite desarrollar algunos temas adicionales y paralelos, como los del siguiente tenor:

3.3.1.3.1. *QUÉ SE ENTIENDE POR ARBITRARIO E INJUSTO?*

No creemos nosotros, como en algún momento lo sostuvo la H. Corte Suprema de Justicia, en fallos de Agosto 30 de 1946 y Noviembre 25 de 1956[645]; que las palabras "arbitrario e injusto pueden tomarse como equivalentes", si se tiene en cuenta que tal criterio se asentaba en la idea, subrayada dentro de tal posición doctrinal de la H. Corte Suprema de Justicia, en el hecho de que el Código Penal

[645] Citados por Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 304.

de 1936 (en vigencia del cual fueron emitidos los fallos anteriormente relacionados), exigía que el acto fuese en contra de una persona o de una propiedad, lo cual no exige el Código Penal actualmente vigente.

Siendo ello así, hemos de concluir que la injusticia sí difiere de la arbitrariedad: Lo arbitrario, dice GÓMEZ MÉNDEZ[646], es aquello que se realiza sin referencia alguna a un marco legal; es el ejercicio de la función pública por fuera de toda facultad normativa, de tal manera que el capricho del funcionario prima sobre la obligación legal de actuar conforme a derecho. Por ello, RENATO SPIZUOCO[647], enseña que la noción de acto arbitrario, "expresa esencialmente la actitud síquica de quien voluntaria y concientemente sustituye el propio capricho y sus propios fines personales a la voluntad de la ley y al interés público, que debe ser el fin de toda actividad, y también de aquella ampliamente discrecional del funcionario público"[648].

Lo injusto, por su parte, es lo que no se compadece con el sentido y/o la proporción que demarca la equidad[649], con lo cual se introducen en esta norma, con-

---

[646] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 127.

[647] Según cita textual de Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 170.

[648] En ese sentido cabría resaltar que la Corte Suprema de Justicia reiteradamente se ha mostrado contraria al hecho de que los jueces asuman funciones de amigables componedores por fuera de sus atribuciones específicas. Y si bien es cierto que no se refería la Corte a la estructuración típica del abuso de autoridad, no es menos cierto que no puede descartarse que, por esta vía, se llegue a una tal eventualidad, cuando se recuerda que en proveído de agosto 27 de 1997, con ponencia del **Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll**, reiterando un pronunciamiento previamente efectuado en auto de agosto 12 de 1986 con ponencia del **Dr. Gustavo Gómez Velásquez**, se postuló:

"La Sala ha mirado siempre como actitud censurable, que suele atraer el rigor disciplinario y, en ocasiones, la represión penal, la actividad de los jueces por fuera de sus específicas funciones, especialmente cuando actúan como amigables componedores en las desavenencias domésticas o civiles que se suscitan en el territorio de su actividad judicial. No es este el papel que las leyes asignan a estos integrantes de la rama jurisdiccional, quienes no logran deslindar, ni entre las partes en conflicto ni menos ante terceros, el papel de simple ciudadano y la función oficial que se desempeña. Es frecuente, entonces, que una intervención nacida de un noble propósito (evitar la autojusticia o nuevos gravámenes económicos, etc.), se desdibuje hasta el punto de pensar las personas que ante él concurren que, de no accederse a su consejo o insinuación, se pueda padecer males de muy variada índole. En síntesis, queda siempre flotando un hálito de constreñimiento que fácilmente se vuelve contra el funcionario mismo cuando no se quiere cumplir lo voluntariamente acordado, y, además, no es extraño que el juez sucumba a la tentación de obtener ciertas indebidas o censurables ventajas. Estos aspectos, y muchos más similares o afines, llevan a la Sala a recomendar al abstención de estas actividades, en las cuales la administración de justicia suele empeñarse y salir siempre mal librada".

[649] Más recientemente, tratando de diferenciar entre estos dos conceptos, la Corte Suprema de Justicia, en auto de Abril 22 de 1982, puntualizó:

"Tanto el código anterior como el actual exigen, además, en el abuso de autoridad, que el acto abusivo sea "arbitrario o injusto".

No es fácil diferenciar estas dos nociones. Según la teoría más aceptada, el acto arbitrario requiere un ingrediente subjetivo que no tiene el acto injusto.

ceptos filosóficos de los cuales debe prescindir el legislador en razón del principio de taxatividad y de descripción inequívoca de las conductas punibles.

Por esto último, precisamente, PÉREZ[650] anota que lo mejor hubiera sido situar tan sólo el concepto de arbitrariedad, eliminando el de la injusticia, "porque esta noción no es fácil de concretar y da lugar a la exposición de distintas teorías para explicarla, lo cual no es adecuado en la elaboración de las disposiciones penales", especialmente teniendo en cuenta que "los intentos para idear una fórmula siempre recurren a opiniones fluctuantes de la conciencia colectiva sobre el derecho y la equidad natural". Y concluye: "La inconveniencia de trabajar con base en conceptos de la filosofía jurídica en la redacción de las disposiciones penales sale a relucir en cada instante. Una valoración sobre el contenido de la justicia en la norma es fuente de incertidumbre y como tal debe excluirse de las palabras de la ley".

3.3.1.3.2. *PUEDE SER JUSTO LO ARBITRARIO?*

Desde el momento mismo en que BERNAL PINZÓN[651], siguiendo en ello a STEFANO RICCIO ha distinguido entre acto ilegal, acto injusto y acto arbitrario, señalando que el acto es ilegítimo cuando su forma, o, en su caso, su contenido, es contrario a la ley; que el acto arbitrario, igualmente, puede serlo tanto por consideraciones formales como materiales; concluyendo que "lo arbitrario es más que ilegítimo", toda vez que comporta "lo ilegítimo concretamente actuado para un fin personal", cabe preguntar: Qué sucede cuando el acto arbitrario observado por el agente, es justo?

PÉREZ[652] propone que aparecen como insolubles las situaciones que se le plantean al intérprete, cuando ese acto arbitrario; esto es, que depende del mero capricho del agente y que se cumple aún con aplicación de la fuerza, tiene un gran fondo de justicia, "como ocurre cuando la inspiración del mandato busca fines altruistas o, simplemente, dar solución a situaciones de irritante desigualdad entre las personas y los grupos", o como ocurre, en otro sentido, "cuando ha de saltarse por encima de la ley, o flanquearla para evitar su aplicación en casos especiales, ya que esa ley tiene un fundamento de odiosidad, venganza o designios bélicos". Y si postula que tales casos son insolubles, es porque considera que "la solución del

---

Algún autor (Spizuoco) define el acto arbitrario diciendo que "consiste en la actitud síquica de quien voluntaria y concientemente sustituye el propio capricho y los propios fines personales a la voluntad de la ley y al interés público" (La reazione a gli atti arbitrari del pubblico ufficiales nel diritto penales, pág. 78).

Lo injusto es simplemente lo contrario al derecho y la noción, así, es más amplia que la de acto arbitrario ya que no requiere de ninguna finalidad específica".

[650] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 304-305.

[651] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 169-170.

[652] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 305-306.

intérprete es impredecible entonces, porque si incrimina la arbitrariedad absuelve la injusticia, y viceversa, lo cual sería absurdo".

Superando tal conflicto, nosotros creemos que -para bien o para mal- la ley penal ha sido clara en señalar que tanto se acrimina la conducta porque el acto observado o ejecutado por el agente delictual haya sido arbitrario, como por el hecho de que sin ser arbitrario, el acto haya sido injusto: No dejamos de reconocer que queda un cierto sabor de insatisfacción en la consideración de que se acrimina un acto que, siendo legal, esto es, ajustado a la ley, tanto desde el punto de vista formal como material, al conjugar la condición de injusto, termine siendo considerado como digno de sanción penal. Esa podría ser, precisamente, la crítica primordial a formular a esta disposición, que castiga tanto el acto que siendo arbitrario, aparece como justo; como el acto que siendo ajustado a la ley, aparece como injusto.

Frente a esa crítica podría responderse por una doble vía, señalando, en primer término, que mientras sea tal la redacción de la norma, debe sancionarse el acto que conjugue una u otra cualificación, vale decir, que debe darse aplicación a la norma positiva, por mucho que estemos o no de acuerdo con ella. Y, en segundo lugar, que muy posiblemente fue eso lo que, en todo caso, quiso sancionar el legislador, a saber, la emisión de actos que, pese a la Justicia en ellos contenida, no dejaban de ser arbitrarios, en posición a través de la cual no dejan de introducirse elementos de desestabilización y de desorden en relación con el sistema legal establecido e imperante.

3.3.1.3.3. *MANIFESTACIONES DEL ACTO ARBITRARIO Y/O INJUSTO.*

En íntima conexión con lo recientemente expuesto, podríamos decir que de muy diversas maneras se puede manifestar la emisión de un acto arbitrario y/o injusto. Y para ello, esto es, para graficar las formas o variantes que puede llegar a asumir el acto arbitrario y/o injusto, podríamos proponer, por vía de ejemplo, tres casos, contando para ello con la práctica forense nacional:

- La primera hipótesis alude a un evento que -corroborando lo que en su momento proponíamos en relación con la posibilidad de que el abuso de autoridad atienda no sólo al proferimiento de actos jurídicos sino, también, a la realización de hechos materiales- muestra a las claras que sí es factible la estructuración de un abuso de autoridad mediante resoluciones o dictámenes, como que en auto de Diciembre 10 de 1982, la Corte Suprema de Justicia explicó:

> "Es posible, tal como están tipificados los delitos consagrados en los artículos 149 y 152 del Código Penal, admitir que algunas resoluciones o dictámenes pueden dar lugar al delito de abuso de autoridad y no al prevaricato. En efecto, este último está exigiendo como elemento estructural que la "resolución o el dictamen" pronunciados sean manifiestamente contrarios a la ley. De donde aquellos que la contradicen, pero sin esta nota de ostensibilidad o evidencia, bien pueden conservar la característica del acto propio al abuso de autoridad.

> Por fuera de esta distinción entre el acto de prevaricato y el abuso de autoridad, cuando el medio empleado es una resolución (auto, sentencia, decreto, etc.) o un dictamen (en su forma restringida de pericia o ampliada hasta comprender el concepto o la opinión), conviene advertir que también caen dentro del abuso de autoridad los actos materiales o físicos de los funcionarios cuando no constituyan otros delitos de mayor entidad y asumen las características de ser arbitrarios e injustos o actuaciones que no adquieren aquellas formas específicas v.gr. una indebida orden de captura u oficio, exhorto o comunicación irregulares, una inspección judicial apartada de los preceptos que la gobiernan, un reconocimiento o requisa personal improcedentes y tantas similares diligencias como juegan en el ordinario ámbito de funciones del empleado oficial".

- La segunda hipótesis, íntimamente ligada con la anterior, hace referencia a la eventual estructuración de un abuso de autoridad, cuando el funcionario omite declarar los impedimentos que conjuga y de los cuales es conocedor, según criterio presentado por la Corte Suprema de Justicia en proveído de Julio 2 de 1985, con ponencia del Dr. FABIO CALDERÓN BOTERO:

> "No basta, en consecuencia, que los jueces tengan esta sola condición, sino que, además, deben carecer de impedimento legal para actuar en determinado proceso: facultad para conocer el hecho y no encontrarse impedido para actuar en este. Y es que las partes tienen derecho a que solamente los jueces con esa doble capacidad para actuar, les expresen sus razones y determinen sus derechos y responsabilidades; lo contrario vulnera el principio de la igualdad ante la ley. Luego ningún juez puede conocer de un asunto para el cual está impedido por causa legal; si así ocurre, como lo hizo el acusado en los procesos de que era deudor de una de las partes, se está en presencia de un posible abuso de autoridad"[653].

---

[653] Justo será reconocer y resaltar, que no ha sido ese un criterio que se haya mantenido uniforme en la Corte, como que, refiriéndose a ese mismo tema, en proveído de Agosto 10 de 1984, con ponencia del Dr. Alfonso Reyes Echandía, y con referencia al Código Penal anteriormente vigente, había postulado solución diferente:

"Entre las conductas alternativamente descritas como forma omisiva de prevaricato por el inciso segundo del art. 168 del C.P. de 1936 está la del funcionario o empleado público que omita un acto propio de sus funciones, por simpatía o animadversión a cualquier interesado.

Pues bien, conforme a lo dispuesto por el art. 141 del C.P.C. "los magistrados, jueces y conjueces en quienes concurra alguna causal de recusación, deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella". No se consagra aquí, como resulta fácil advertirlo, una facultad judicial sino una perentoria obligación exigible desde el momento mismo en que el respectivo funcionario advierte la existencia de una causal de recusación de las señaladas en el art. 142 del mismo Código. La omisión de dicha obligación legal no configura siempre una mera falta disciplinaria como equivocadamente lo afirma la defensa, sino un comportamiento subsumible en el tipo de prevaricato por omisión, particularmente respecto de aquellas causales de impedimento que siendo de carácter objetivo (matrimonio, parentesco, guarda) exigen inmediato pronunciamiento del Juez o Magistrado en quien concurran; de no hacerlo así -advertida la respectiva causal- el funcionario estará incumpliendo un acto propio de sus funciones como lo señalan tanto el inciso segundo del art. 168 del C.P. anterior

- Y la tercera y última hipótesis, evoca la situación de abuso de autoridad por acto arbitrario que se presenta cuando se dispensa un tratamiento desigual a las partes, según se resaltase ello por la Corte en proveído de Febrero 3 de 1994, con ponencia del Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA:

> "Salta a la vista que ese tratamiento desigual con respecto a los defensores y a la parte civil (en favor de los primeros) constituye una acto arbitrario e injusto; un abuso de la autoridad de juez y por tanto del director del proceso: arbitrario porque fue contra orden clara y expresa de suspensión de términos dada por el propio Juez, e injusto, porque es un tratamiento desigual hacia las partes.
> Esas "preferencias" sin duda que le hacen daño a la administración pública, cuyos agentes (y el juez lo es) deben proceder de manera netamente imparcial y recta, ateniéndose exclusivamente a la legalidad. Si la misma administración, en el curso de un litigio, coloca a alguna de las partes en desventaja frente a las demás, resulta obvio que se comete una arbitrariedad que ha de ser, por tanto, sancionada.
> En estos supuestos de torcido comportamiento de la administración pública, de verdad que la comprobación del "móvil" no es necesaria para la estructuración del punible en comento (art. 152 C.P.), ni para la consecuente responsabilidad del autor, porque lo que importa (estando demostradas la tipicidad y la antijuridicidad, como aquí lo están desde luego) es que exista plena prueba del dolo con que se comete dicho abuso, dolo que consiste en saber y querer el acto arbitrario o injusto que se despliega"[654].

---

como el 150 de la actual codificación; y si el actor hace lo contrario de lo que debe hacer, o más exactamente, si deja de hacer aquello que está jurídicamente obligado a hacer, su omisión no puede menos que considerarse como ilegal".

Lo que es más, en providencia de Agosto 25 de 1994, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda se llegó al extremo de predicar que se estaba, en una tal hipótesis, en presencia de un asunto meramente disciplinario:

"Cierto es, como lo indica la defensa, que la sola omisión en la manifestación oportuna de un impedimento por parte del funcionario en quien concurre una causal legal apenas constituye una infracción disciplinaria, pues esa conclusión asoma del literal v, art. 8o., del Decreto 1888 de 1989, y en igual sentido lo ha reconocido la doctrina de la Corte, previniendo, eso sí, que tal conclusión es acertada sólo cuando la actividad del impedido no sobrepasa la simple omisión oportuna de su declaración, y en ello queda (cfr. sentencia de Diciembre 1o. de 1987, Magistrado Ponente Dr. Jorge Carreño Luengas)".

[654] En relación con la problemática del dolo en el abuso de autoridad genérico, la Corte Suprema de Justicia, en proveído de Abril 1o. de 1987, con ponencia del Dr. Rodolfo Mantilla Jácome, había señalado:

"La contradicción de tal comportamiento de la procesada con el derecho, aparece al afectar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública (función jurisdiccional), "en cuanto lesionó la moderación a que están obligados los servidores del Estado en ejercicio de sus funciones frente a los particulares" (C.S. de J. Sala de Casación Penal, sentencia de Marzo 22 de 1979, M.P. L.E. Romero Soto).

3.3.2. *EL ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO: EL ACTO DEBE SER COMETIDO CON OCASIÓN DE SUS FUNCIONES O EXCEDIÉNDOSE EN EL EJERCICIO DE ELLAS.*

De dos maneras, o por dos vías, puede el servidor público incurrir en abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, esto es, que se trata aquí de un tipo penal alternativo: Bien puede acaecer ello porque con ocasión de sus funciones, dicho servidor patentice un acto arbitrario o injusto; o bien puede suceder, en una segunda hipótesis, que ese acto arbitrario o injusto se materialice por parte de ese funcionario, excediéndose en el cumplimiento de sus funciones.

Lo primero quiere decir que el funcionario ejerce sus funciones, pero lo hace de manera indebida, bien sea por injusticia o por arbitrariedad, "como cuando un alcalde impone dolosamente una multa sin fundamento legal"[655]. Lo segundo traduce que el funcionario actúa, amparado en sus funciones, pero sin facultad legal en cuanto al exceso se refiere. "como cuando el guardián maltrata al detenido": En el primer caso el servidor tiene facultad legal para ejecutar el acto, pero lo hace indebidamente, con arbitrariedad o injusticia; en el segundo evento, el acto escapa a las atribuciones del funcionario, pues que se trata de un hecho excesivo que la ley no autoriza.

De paso, digamos que esta referencia legal, en el sentido de que el acto arbitrario o injusto debe haber sido "cometido" por el funcionario, "con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas", con lo cual pareciera querer subrayarse el hecho de que lo que se está sancionando aquí es la conducta oficial del servidor público, ha sido duramente criticada por GÓMEZ MÉNDEZ[656], en la medida en que la arbitrariedad y la injusticia sólo tienen sentido dentro del ejercicio de la función pública, como que no puede afirmarse que un particular comete un arbitrario o injusto, y menos cuando se avista que este tipo penal se enmarca dentro del Título correspondiente a los Delitos contra la Administración Pública, y agrega: "En este orden de ideas parece un poco innecesaria la precisión del Código en el sentido de que el acto debe ser realizado con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas. Además, todo ejercicio de la función pública que implique la comisión de un acto arbitrario e ilegal, lleva consigo un exceso".

Además, no es posible como lo pretenden la procesada y su defensor, aceptar que tal comportamiento de la ex-juez de Cáceres, es inculpable por ausencia de dolo, sustentándose para ello en la inexistencia de propósito de causar daño particular; sobre el asunto, recientemente esta Corporación precisó lo siguiente: "y precisamente el dolo en este delito consiste en conocer que la conducta desplegada desborda el marco funcional, y mover la voluntad dentro de ese conocimiento. No se requiere, pues, el propósito de causar daño particular, que es el que hecha de menos el recurrente" (C.S. de J. Sala de Casación Penal. Auto de 29 de Octubre de 1986. M.P. Guillermo Duque Ruiz)"

[655] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 76.

[656] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 127-128.

De cualquier suerte es claro que en uno y otro caso, vale decir, sea que el acto arbitrario o injusto se materialice con ocasión de sus funciones o se patentice excediéndose en el ejercicio de las mismas, es lo cierto que debe mediar un específico vínculo entre el acto arbitrario o injusto, y las funciones inherentes al servidor, al amparo y con abuso de las cuales expide o profiere tal acto, por vías de lo cual, de no mediar tal relación concreta, devendrá un juicio de atipicidad de la conducta, al menos en lo que a esta figura delictual hace referencia, pudiendo desembocar, eventualmente, en un abuso de función pública, a tenor de lo preceptuado en el artículo 162 del Código Penal.

3.3.3. *LA EXCLUSIÓN DE CONCURSO DE TIPOS: QUE EL HECHO NO CONSTITUYA OTRO DELITO.*

Pese a que ha sido este un punto tratado a espacio en páginas precedentes, cabe recordar aquí que, en todo caso, la conducta del funcionario, por virtud de la cual materializa él un acto arbitrario o injusto, no debe constituir, por sí misma, infracción a la ley penal, ni constituir elemento conformante de ningún otro tipo penal, pues que en ese caso habremos de aplicar esta segunda disposición.

Ello, en consecuencia, excluye la posibilidad de que el abuso de autoridad genérico, del cual trata el artículo 152 del Código Penal, entre a concursar con ningún otro tipo penal que encierre, dentro de sus elementos estructurantes, el hecho de que un servidor público observe un acto arbitrario o injusto, criterio este con el cual, en nuestro sentir, se solucionan algunos concursos aparentes de tipos penales, y de manera específica con el prevaricato, tal como lo puso de presente la Corte Suprema de Justicia en auto de febrero 16 de 1984, con ponencia del Dr. DANTE FIORILLO PORRAS, en posición ratificada en proveído de agosto 27 de 1997, con ponencia del Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL:

> "Cuando una conducta atribuida a un funcionario o empleado público se adecúa al tipo penal de abuso de autoridad y, al mismo tiempo, al de prevaricato, ella debe ser analizada a la luz de este último porque el del abuso de autoridad queda subsumido en aquel y es, además, norma subsidiaria, esto es, aplicable únicamente "fuera de los casos especialmente previstos como delito".
> En otras palabras, de modo alguno puede imputarse a una persona la comisión de dos o más delitos contra la administración pública cuando uno de ellos, el calificado, contiene todos los ingredientes de los tipos penales que integran los demás".

4. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

4.1. TENTATIVA.

Siguiendo en ello a CARRARA, la doctrina nacional, encabezada por ARENAS[657], se muestra contraria a la posibilidad de que el abuso de autoridad por acto

[657] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Págs. 75-76.

arbitrario e injusto, admita la forma imperfecta de la tentativa. En efecto, el maestro de Pisa, al respecto, anotaba:

> "Si en la acción va mezclada también la agresión de derechos naturales, el delito, que es perfecto con relación a la lesión del derecho universal, puede perfectamente ser tan sólo tentado con respecto al derecho particular. Así, en el abuso de autoridad, en cuanto se considere el delito en su pura índole de delito social, el abuso ya está consumado cuando tuvo un principio de ejecución, y si en él puede reconocerse un delito autónomo, este delito se imputará a su autor como perfecto y no como tentado. Pero cuando el abuso de autoridad se dirija a agredir otro derecho cuya lesión constituya un maleficio distinto, este (si resulta imperfecto) no podrá ser imputado sino como delito tentado, aunque el abuso de autoridad se impute como delito consumado. En una palabra, no se puede admitir una tentativa punible de abuso de autoridad, pero el abuso de autoridad puede ser una tentativa punible de otro delito natural".

Nosotros creemos, de manera diversa, que debe distinguirse si el acto cometido por el servidor público es de naturaleza física o de naturaleza jurídica: En el segundo caso, podríamos estar de acuerdo con CARRARA y ARENAS, en el sentido de que no es dable la tentativa; en el primero, es decir, cuando el acto consiste en un hecho material, estimamos que sí puede llegar a presentarse la forma imperfecta de una tentativa de un abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.

Más aún, dentro de la primera hipótesis, en que el acto sea de naturaleza jurídica, creemos que podría vislumbrarse tal posibilidad, si se atiende al hecho de que el verbo rector es el de cometer (que ha sido por nosotros ya criticado), debiéndose y pudiéndose entender que de cara a la comisión de una falta, hay diversos grados de ejecución, de tal manera que la interrupción de ese proceso causal, en cualquiera de sus etapas anteriores a la consumación (como es ello perfectamente viable e identificable), puede reportar la materialización de una tentativa, aún frente a este polémico tipo penal.

4.2. CONCURSO DE TIPOS PENALES.

Siendo claro que el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto excluye la posibilidad de concurso con otros tipos penales, que contemplen como uno de sus elementos esa arbitrariedad o injusticia, no podemos desconocer nosotros que se plantean algunos interesantes cuestionamientos en este mismo sentido, atendiendo situaciones puramente fácticas, cuales los del siguiente tenor:

4.2.1. Qué sucede cuando quien materializa el acto arbitrario o injusto, no es un servidor público?

Superando la crítica de GÓMEZ MÉNDEZ, para quien los adjetivos arbitrario o injusto sólo pueden ser predicados respecto del ejercicio de la función pública, nosotros diremos que, en el evento en que un particular observe uno de tales actos, en contra de la misma Administración o en contra de otro particular, estaremos en

presencia del respectivo hecho punible que por tal vía se haya materializado, sin que pueda él concurrir con el tipo penal que aquí ahora se examina: En efecto, si un particular mata a otro, lesiona a otro, vilipendia a un funcionario, le hurta a la administración, etc., tendremos que decir que, respectivamente, ese particular incurrió en homicidio, lesiones, ultraje contra servidor público o hurto -con la deducción de la circunstancia genérica de agravación punitiva contemplada en el artículo 62 del Código Penal (delito cometido contra servidor público) o las eventuales circunstancias específicas de agravación ante un tal supuesto de hecho (como sucede, por ejemplo, en el ordinal 8o. del artículo 324 del Código Penal)-, y que nunca habrá posibilidad alguna que su comportamiento, en cuanto tal, configure un concurso de tipos penales con el contenido en el artículo 152 del Código Penal.

4.2.2. Qué pasa cuando el acto arbitrario o injusto cometido por un servidor público, no fue realizado con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de las mismas, como cuando un servidor público da muerte al particular que lo está asaltando, utilizando para ello un arma diferente a la de su dotación?

En tal hipótesis, ese funcionario deberá responder, solamente, del delito materializado con su actuar, con prescindencia del tipo penal que examinamos, respecto del cual, decíamos anteriormente, se tiene que sanciona solamente la conducta oficial del servidor, y no su conducta particular o privada (que queda regulada por las normas comunes y ordinarias del Código Penal, como se hace para todos los coasociados).

5. CONSIDERACIONES PUNITIVAS.

Según lo dispone el artículo 152 del Código Penal, con las modificaciones introducidas por el artículo 32 de la ley 190 de 1995, el servidor que materialice con su actuar la conducta punible prevista en el artículo 152 del Código Penal, incurrirá en multa "entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes", a más de la "interdicción de derechos y funciones públicas de seis meses a dos años".

Sin querer decir que estamos abogando por una mayor drasticidad punitiva para este comportamiento, sí creemos pertinente consignar la siguiente idea: Atendiendo al marco de operancia de esta disposición, bastante estrecho y limitado, dado el carácter de subsidiario del mismo, frente a otras disposiciones penales que contemplen los elementos arbitrariedad e injusticia, de una parte; y de la otra, a la sanción poco menos que irrisoria que para un tal actuar se establece, somos de la opinión de que se trata aquí de un tipo penal que perfectamente debe y puede ser despenalizado por cambio de ordenamiento jurídico, vale decir, que conservando su carácter de ilícita, esta conducta pase a ser regulada y sancionada en el terreno del derecho administrativo (y no del derecho penal, como hasta ahora se ha hecho).

Por esa vía, si de lo que se trata es de sancionar el comportamiento de un servidor público que, prevalido o amparado por las prerrogativas que su cargo y las funciones inherentes al mismo le deparan, abusa de su autoridad materializando un acto calificable como injusto o como arbitrario, bien puede ello hacerse dentro de los marcos procedimentales, funcionales y sancionatorios del derecho administrativo, y no más dentro de los ya recargados cometidos del derecho penal.

CAPÍTULO TERCERO

OMISIÓN DE DENUNCIA

"ART. 153 C.P. (Modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995). ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISION DE DENUNCIA.- El [servidor público] 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".

0. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

El artículo 153 del Código Penal actualmente vigente encuentra su antecedente inmediato en los artículos 174 y 175 del Código Penal de 1936, los mismos que observaban el siguiente tenor literal:

"ART. 174.- 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 ejercicio de sus funciones, la multa será de diez a quinientos pesos".
"ART. 175.- El funcionario o empleado público que, teniendo conocimiento de la comisión de un delito cuya investigación le corresponda de oficio, no cumpla con este deber, incurrirá en la pérdida del empleo y en multa de diez a mil pesos".

Como se ve, el Código Penal anteriormente vigente, partiendo del hecho de que un funcionario o empleado público tenía conocimiento de la materialización de un hecho punible de investigación oficiosa, sancionaba, en dos artículos diferentes y con distintas consecuencias punitivas, dos situaciones: La primera, que no siendo ese funcionario el competente para aprehender la investigación en relación con tales hechos, no diese traslado de los mismos a la autoridad realmente competente; y la segunda, que fuese él mismo el competente para aprehender tal investigación, no obstante lo cual no lo hacía así.

Justo es recordar que, dentro de ese Código Penal de 1936, existían otras dos disposiciones con las cuales podía confundirse las anteriormente transcritas, a saber: la contenida en el artículo 172 (que sancionaba con multa de diez a trescientos pesos, al "funcionario o empleado público que omita, rehúse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado"), de una parte; y de la otra, la contemplada en el artículo 201 (por razón de la cual se sancionaba con multa de cinco a quinientos pesos, a "el que teniendo conocimiento de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio no diere cuenta a la autoridad").

Huelga decir que, dentro de la sistemática actual, mientras la primera conducta

podría entenderse subsumida dentro del prevaricato por omisión del cual trata el artículo 150 del Código Penal actualmente vigente; la segunda hipótesis ha pasado a ser un mero deber ciudadano, un deber cívico, dentro de los lineamientos del Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991), el que en su artículo 25 se limita a establecer tal deber ciudadano, sin precisar cuál es la sanción imponible para el evento de su observancia, por vías de lo cual se tiene que estamos allí en presencia de una disposición que si bien contiene el supuesto de hecho, no establece la correspondiente consecuencia jurídica (por todo lo cual, entonces, concluimos nosotros que se trata de un mero deber cívico o ciudadano).

Evidentemente, lo últimamente expuesto resulta operante, en tanto no se esté en presencia de dos terrenos especiales: uno, el del ámbito del terrorismo (como que en el artículo 4o. del decreto 180 de 1988, incorporado como legislación permanente por el decreto 2266 de 1991, se sanciona a quien omita informar a la autoridad competente sobre "la presencia de terroristas, o sus planes y actividades"); y otro, el del secuestro (como que en los artículos 9o. y 10o. de la ley 40 de 1993, se sanciona tanto a quien omita informar sobre "los planes o actividades encaminadas a la ejecución de un delito de secuestro", como a quien "no diere aviso a las autoridades de un secuestro o desaparición").

En fin, que retornando al examen de las normas pertinentes a la omisión de denuncia en el Código Penal de 1936, cabe recordar que, en relación con las mismas, los doctrinantes de la época practicaban dos consideraciones fundamentales: La primera, que el contenido normativo del artículo 175 (omisión de la investigación, cuando teniendo conocimiento del hecho punible de investigación oficiosa, respecto de lo cual se era competente, no se actuaba así), podía perfectamente subsumirse dentro del tipo penal genérico del artículo 172 (omisión de deberes legales), como que, por ejemplo, BERNAL PINZÓN[658] exponía al respecto:

> "Las normas contenidas en los arts. 174 y 175 del Código Penal, tienen un carácter específico en relación con el art. 172 que ya se estudió, porque en este se trata de una forma delictuosa realizada también por omisión, pero con la diferencia fundamental de que no se trata de un tipo específico de omisión, como sí en los preceptos que se estudian. En el art. 172 del C.P. se sanciona la omisión genérica en el cumplimiento de los actos "a que legalmente esté obligado" el funcionario o empleado público, en cambio, en los dos artículos que se examinan, la omisión es específica en cuanto se refiere específicamente a la no denuncia o a la falta de investigación de los delitos investigables de oficio y de que haya tenido conocimiento el funcionario o empleado público",

con todo lo cual podríamos decir que acertado en grado sumo estuvo el legislador nacional de 1980, cuando suprimió ambos tipos penales, subsumiéndolos dentro del prevaricato por omisión del artículo 150. Y la segunda, que se estimaba como errónea la ubicación de esos dos tipos penales, a saber, los de los artículos 174 y

[658] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 194-195

175 dentro del Título correspondiente a los delitos contra la administración pública, habida cuenta que se consideraba que ellos hubiesen quedado mejor encuadrados dentro del capítulo correspondiente a los delitos contra la administración de justicia, tal como lo había hecho el Código Penal italiano de 1930, que corrigió así el error de técnica legislativa en que incurrió el legislador italiano del 89[659], en consideración a la prevalencia de la lesión al bien jurídico, que en este caso, según estos comentaristas, se contraía al interés público en la persecución judicial de los delitos.

Más aún, si todo ello era así, tiénese que el inciso primero del artículo 174 del Código Penal de 1936 aparecía como superfluo, a la vista del contenido normativo del artículo 201 ejusdem, en la medida en que si el funcionario había tenido conocimiento de la comisión de ese hecho punible investigable de oficio, por fuera de sus funciones oficiales, perfectamente podría haberse reglamentado su conducta a través del precitado artículo 201, que sancionaba esa omisión de denuncia con respecto a los particulares, siendo esa una condición que, en ese caso específico, conjugaba ese empleado oficial (si había conocido de ese delito por fuera de sus funciones y/o su cargo, podía entenderse que, para esos efectos, podía tenerse como un particular, y aplicársele la misma disposición que regulaba la situación de los particulares que omitían formular una de tales denuncias).

1. RAZÓN DE ACRIMINACIÓN.

Contando con las precisiones anteriores, podemos decir que múltiple resulta ser el fundamento de la acriminación de este comportamiento, referido al caso de los servidores públicos.

En efecto, comencemos por recordar el contenido normativo del inciso segundo del artículo 2o. de la Constitución Nacional de 1991, según el cual

> "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares",

a lo cual habremos de adicionar la reglamentación contenida en el artículo 6 de la misma Carta Fundamental, a tenor del cual

> "Los particulares sólo 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**". (Negrillas fuera del texto),

y podremos así delinear la obligación que pesa sobre los servidores públicos, de poner en conocimiento de las autoridades competentes, los hechos punibles de investigación oficiosa, de los cuales tengan conocimiento.

---

[659] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 193.

Por ello, entonces, debe traerse a colación el contenido del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal, que luego de regular, en su inciso primero, el deber cívico de denunciar, como referido a todos los habitantes del territorio nacional, dispone, en su inciso segundo:

> "El servidor público que por cualquier medio conozca de la comisión de un hecho punible que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente".

Evidentemente, creemos que aún tratándose del caso de servidores públicos, resulta operante la excepción contenida en el artículo 26 del mismo Código de Procedimiento Penal, relativa a la exoneración del deber de dar noticia del hecho punible:

> "Nadie está obligado a dar noticia o a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni a denunciar los hechos punibles que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que le impongan legalmente secreto profesional". (Negrillas fuera del texto).

Esta consideración, precisamente, es la que nos sirve para aclarar el caso de aquel servidor público que teniendo conocimiento de la materialización de un hecho punible por parte de su cónyuge, no lo denuncia ante las autoridades, o, mejor dicho, no da noticia de ello a las autoridades competentes: No será esa una conducta que deba o pueda ser punible, en la medida en que se encuentra amparada por una clara circunstancia de justificación del hecho, concretamente porque se ha procedido bajo el amparo de un mandato legal (numeral 1o., artículo 29, C.P.), que encuentra una clara raíz constitucional (concretamente a partir de lo dispuesto en el artículo 33 de la Carta Fundamental de 1991).

Igualmente cabría decir que, por sustracción de materia, quedaría exonerado del deber de denunciar el servidor público que ha tenido conocimiento de la materialización de un ilícito, el mismo que ya ha sido denunciado a las autoridades por parte de otra persona. Partidaria de este parecer se declaró la Corte Suprema de Justicia, en providencia de Febrero 6 de 1989, con ponencia del Dr. LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA:

> "No era obligación exclusiva del funcionario, formular la denuncia sino de todas y cada una de las personas que tuvieran conocimiento de la conducta y al hacerlo el precitado profesional, como en efecto sucedió, quedó relevado el Juez de presentar la denuncia; lo que interesa al Estado es que se pongan en conocimiento de la jurisdicción penal los hechos delictivos para investigarlos y que no queden en la impunidad y no la persona que lo haga".

Finalmente, debe subrayarse que esa obligación de denunciar respecto de los servidores públicos, encuentra fundamento general en el ordinal 19 del artículo 40 de la ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Unico), que establece como uno de los deberes de los precitados servidores, "denunciar los delitos, contravenciones y faltas de que tuvieren conocimiento".

Lo que queda claro, desde aquí, son dos situaciones: la primera, que nada se opone a que de manera paralela se adelante una investigación penal y otra disciplinaria en contra de un mismo servidor público, ante una omisión de denuncia por parte suya, como que tal simultaneidad investigativa y, eventualmente, sancionatoria, no comporta una infracción al principio del non bis in ídem, por la sencilla razón de que no hay aquí identidad de causa (esto es, de motivo de la actuación procesal), que es uno de los presupuestos para que opere tal principio, según se vio ello en páginas precedentes. Y la segunda, que si de lo que se trata es de sancionar esta conducta, bien puede ello hacerse dentro de los marcos del derecho administrativo, y no más del derecho penal, especialmente teniendo en cuenta que las consecuencias jurídicas resultan ser idénticas, con lo cual abogamos, como lo hemos hecho ya en otras oportunidades dentro de este estudio de los delitos contra la administración pública, por la despenalización, por cambio de ordenamiento jurídico, de esta conducta: conservando su carácter de ilícita, ella pasaría a ser reglamentada y sancionada, en un ordenamiento jurídico diferente al penal, y de manera específica, en el terreno jurídico-administrativo.

2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

2.1. LOS SUJETOS.

2.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Sujeto activo de la infracción a la ley penal que se contempla en el artículo 153 del Código Penal actualmente vigente, es el servidor público en los términos y condiciones del artículo 63 ejusdem, modificado por el artículo 18 de la ley 190 de 1995.

Ello, en consecuencia, nos permitirá decir, como en otras oportunidades, que se trata aquí de un tipo penal de sujeto activo calificado o propio; que un particular no puede ser autor material o inmediato de esta infracción (pudiendo ser autor mediato o determinador y, obviamente, cómplice del mismo); y que es esta una conducta que puede ser observada tanto por el funcionario de hecho como de derecho.

En atención a la redacción actual del tipo penal en comento, debe decirse que, contrario a lo que se hacía en el Código Penal de 1936, no es necesario que el agente delictual se encuentre en ejercicio o desarrollo de sus funciones, al momento en que tiene conocimiento de la materialización del hecho punible de investigación oficiosa, respecto del cual omite dar traslado a las autoridades competentes: Si se quiere, en la medida en que el legislador penal de 1980 omitió toda refe-

rencia al ejercicio de las funciones, puede decirse que está exigiendo tal deber de fidelidad para con la administración, no tanto por el hecho de que desempeñe unas determinadas funciones, sino por el hecho de que ocupa o desempeña él, un determinado cargo en la administración. Dicho de otra manera, es este un deber, esto es, el de denunciar, que se establece para el funcionario no en atención a sus funciones, sino al cargo que se ocupa y desempeña (de donde se reputa que su relación de dependencia y subordinación laboral con la administración, le impone unos especiales deberes y compromisos para con la misma, particularmente a nivel de su fidelidad para con ella).

2.1.2. *SUJETO PASIVO.*

El sujeto pasivo en esta infracción a la ley penal, como acaba de verse, es la misma administración, quien vé afectada su propia integridad, su propia existencia, a más de su sentido y razón de ser (en tanto comprometida en la custodia de la vida, honra y bienes de los coasociados), cuando las mismas personas que, de manera directa, trabajan a su servicio, no le informan a ella de los hechos punibles de investigación oficiosa, de cuya comisión han tenido conocimiento.

Por su parte, la víctima de la infracción, esto es, la persona que aparece como directamente afectada con la materialización del hecho punible cometido, y que siendo de investigación oficiosa no es puesto en conocimiento de las autoridades competentes por parte del servidor público que inicialmente tuvo noticia del mismo, no habrá de tenerse como sujeto pasivo de esta misma infracción, sino como un mero y eventual perjudicado con la misma: Por vía de ejemplo, podría decirse que si una persona es asaltada en un camino despoblado, siendo desposeída de sus pertenencias y lesionada a nivel corporal, de todo lo cual tiene conocimiento, directo (como testigo presencial) o indirecto (porque terceras personas lo ponen al tanto del asunto), un servidor público que no es competente para asumir la averiguación penal pertinente, y que no da cuenta de tales hechos a las autoridades correspondientes, se tendría que el asaltado es sujeto pasivo del hurto y de las lesiones corporales que le han sido infligidas, mas no de la omisión de denuncia en que incurre el servidor público, pudiendo ser tan sólo perjudicado con tal evento, en la medida en que la oportuna denuncia del servidor le hubiera evitado mayores perjuicios (siendo la administración pública, en todo caso, el verdadero sujeto pasivo de esta segunda infracción).

2.2. LOS OBJETOS.

2.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

Para MANZINI[660], el objeto jurídico propio de esta suerte de disposiciones, "es el relativo al normal y eficaz funcionamiento de la actividad judicial, en cuanto

[660] Citado por Bernal Pinzón. *Op. Cit.* Pág. 194.

conviene impedir que la realización del fin de la justicia penal sea impedido o retardado por efecto de la inactividad dolosa de quienes tienen la obligación funcional de denunciar los delitos de que tienen conocimiento en el ejercicio o a causa de sus funciones".

2.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

Si el objeto material es la persona o cosa sobre la cual recae la conducta ejecutiva, habremos de decir que, en este caso, el objeto jurídico se encuentra representado por la denuncia, entendiendo que es sobre tal acto sobre el cual recae, por omisión (teniendo el deber jurídico de actuar), la conducta objetiva o externa propia de esta infracción a la ley penal.

Sin entrar en hondas disquisiciones procedimentales, digamos que la denuncia es un acto procesal mediante el cual se da cuenta de la "notitia criminis" a la autoridad oficial (no necesariamente competente), por parte de quien tiene conocimiento de la materialización de un hecho constitutivo de un delito de investigación oficiosa. Por ello, el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal actualmente vigente (decreto 2700 de 1991), dispone:

> "ART. 27. REQUISITOS DE LA DENUNCIA.- La denuncia se hará bajo juramento, verbalmente o por escrito, dejando constancia del día y la hora de su presentación, y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca del denunciante. Este deberá manifestar, si le consta, que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario. Si la denuncia fuere escrita, el juramento se entenderá prestado por la sola presentación de la misma.
> En todo caso, el denunciante podrá ampliar la denuncia".

2.3. LA CONDUCTA.

La conducta objetiva o externa propia de este delito, puede ser desbrozada en los siguientes elementos, partiendo de la base de que el sujeto activo, como se ha dicho, es un servidor público:

- Que ese servidor público tiene conocimiento de la comisión de un delito;
- Que ese delito de cuya comisión tiene conocimiento el servidor público, es de aquellos de investigación oficiosa;
- Que ese servidor que ha tenido conocimiento de ese delito, no dé cuenta a la autoridad, del mismo.

Veamos:

2.3.1. *EL CONOCIMIENTO DE LA COMISIÓN DE UN DELITO.*

2.3.1.1. *EL CONOCIMIENTO QUE EXIGE LA NORMA.*

2.3.1.1.1. *CONTENIDO.*

Qué quiere decir la norma, qué exige esta disposición cuando requiere que el

agente delictual posea un conocimiento? Cuando la norma exige como presupuesto que el funcionario tenga conocimiento de la comisión de un delito, está haciendo referencia a que tenga una información cierta y fundada al respecto, y no de suposiciones o de imaginaciones al respecto. Por ello, LUIS CARLOS PÉREZ[661], con fundamento en repetidas posiciones de la Corte Suprema de Justicia, como las presentadas en autos de Octubre 11 de 1944 y Julio 19 de 1949 y en sentencia de Marzo 15 de 1956, todas ellas relativas al artículo 174 del Código Penal de 1936, expone que conocimiento es "tener conciencia, estar convencido, saber. O sea, que tal obligación está sujeta al criterio que el funcionario tenga sobre la ilicitud del hecho de que se trate... En tal caso, ninguna responsabilidad puede deducírsele a quien, honradamente, yerra en la apreciación sobre su legalidad o ilegalidad". Así, queda establecido que un gran campo de operancia tiene la teoría del error en esta materia: De un lado, puede suceder que se denuncie como delito, algo que no lo es; como del otro, puede que deje de denunciarse alguna conducta, al evaluarla como ajustada a derecho, cuando en verdad constituye delito.

Cuanto a lo primero, la H. Corte Suprema de Justicia[662], en auto de Junio 9 de 1981, expuso: "No es necesario, desde luego, que se demuestre finalmente la existencia de un delito, esto es, no es responsable quien denuncia un hecho como delito y se establece posteriormente que no existió el hecho o que no constituía delito. Basta que el hecho tenga la apariencia de tal y razonablemente se crea en su existencia". Y respecto a lo segundo, continúa la misma corporación, "cuando una persona no denuncia un hecho que considera delito, pero sin corresponder a ninguna descripción legal", creemos que tampoco se está en presencia de una omisión de denuncia.

Por ello, pensamos que prudente resulta recordar las enseñanzas de ARENAS[663], quien, al respecto, propone que "el conocimiento del delito es cuestión subjetiva, o de apreciación personal", pues que, explica, "hay delitos de creación legal que se investigan de oficio, pero dadas sus especiales características es posible que el empleado ignore si se trata de hecho punible que esté obligado a denunciar. Esas dudas, suficientes para exonerar de culpabilidad, no pueden admitirse cuando se trate de delitos naturales, pues nadie puede ignorar que una muerte violenta, una violación, un secuestro, son hechos de los cuales la autoridad debe conocer".

2.3.1.1.2. *LA OBTENCIÓN DE ESE CONOCIMIENTO.*

Cómo debe o puede haberse obtenido ese conocimiento por parte del servidor público, en relación con la comisión de ese delito?

---

[661] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 307.

[662] Ibídem, pág. 307.

[663] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 77.

En palabras de BERNAL PINZÓN[664], este conocimiento lo puede haber obtenido el funcionario de cualquier manera, no siendo entonces necesario que lo haya sido de manera oficial. Sin embargo, en honor a la verdad, no es esa una posición unánimemente aceptada por la doctrina nacional, como que GÓMEZ MÉNDEZ[665] apunta que, le parece "que como en este capítulo se sancionan una serie de conductas que atentan el ejercicio de la función pública, debe exigirse que ese conocimiento se haya producido en ejercicio del cargo o de la función. En circunstancias distintas la posición del empleado oficial es igual a la de los demás ciudadanos".

Y agrega:

> "En reuniones sociales y familiares es frecuente que se comente la comisión de hechos punibles en presencia de quien es empleado oficial. La sola lectura de los periódicos de nuestro tiempo obligaría a los empleados públicos a salir de su casa a formular un sinnúmero de denuncias. Ese no es el alcance que debe dársele a la disposición del Código Penal, por cuanto haría la norma verdaderamente inaplicable, y el empleado público no tendría suficiente tiempo para denunciar la comisión de los múltiples delitos de cuya existencia tiene conocimiento como ciudadano".

No compartimos nosotros los criterios de GÓMEZ MÉNDEZ, por dos razones fundamentales: La primera, porque no puede el intérprete agregarle elementos a la norma, que ella misma no ha contemplado de manera expresa (especialmente cuando de materias jurídico-penales se trata, por virtud del principio de tipicidad), como quiere hacerlo el ilustre profesor, acudiendo a interpretaciones sistemáticas. Y la segunda, porque precisamente pareciera haber sido ese el ánimo que presidía la actuación del legislador penal de 1980, cuando suprimió toda referencia a la forma, lugar o circunstancias en los cuales el servidor público, había tenido conocimiento de ese delito que posteriormente omitía denunciar ante las autoridades: establecer una obligación respecto del cargo (situación objetiva) y no respecto de las funciones (situación funcional, casi que subjetiva).

No es que por esta vía pretendamos nosotros que el funcionario denuncie todos los hechos delictuosos que llegan a su conocimiento, tal como acontece cuando lee un periódico, o cuando asiste a una reunión social, puesto que en ello va ínsito el nivel de credibilidad y, obviamente, de conocimiento que llegue a tener en relación con ese delito: Si de la noticia de prensa, si de la reunión social no se desprende la suficiente ilustración en cuanto a los autores, así como de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que presuntamente se cometió la conducta delictiva, no estará ese funcionario en la obligación de denunciar, precisamente porque, o no posee la suficiente información al respecto, o porque la información

---

[664] Bernal Pinzón, Jesús. Op. Cit. Págs. 95-196.

[665] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 132.

que posee no es confiable. Empero, satisfechos esos requisitos, creemos que el funcionario sí estará en la obligación de denunciar todos los hechos delictuosos de cuya comisión haya tenido conocimiento, sea como haya sido obtenida tal información, en cuanto hace a que sea con ocasión o por causa del ejercicio de sus funciones, o con absoluta prescindencia de las mismas.

Sostener tesis contraria equivaldría a pregonar que el trabajador que sabe que a su patrón le están hurtando, no tiene la obligación ni contractual ni moral de ponerle sobre aviso de tal circunstancia, porque ha tenido conocimiento de la misma por fuera de su horario de trabajo: El deber de lealtad y de fidelidad del funcionario para con la administración, que es a lo que apunta esta norma, debe cumplirse, acatarse y materializarse, a cada momento, en todo instante, sea cual sea la esfera social, cultural, espacial o temporal en la cual se desempeñe esa persona, porque, al fin de cuentas, su calidad de servidor público es algo propio, consustancial a él, que no se pierde ni en horas de reposo (en la noche, por ejemplo), ni en días feriados o festivos, ni porque se esté fuera del despacho o no se estén en desarrollo o ejecución de las respectivas funciones. En síntesis, acogemos nosotros la posición de BERNAL PINZÓN, en el sentido de que a ese conocimiento puede haberse llegado de cualquier manera, siendo indiferentes las circunstancias de tiempo, modo y/o lugar en que tal conocimiento se obtuvo.

2.3.1.1.3. *EL GRADO O NIVEL DEL CONOCIMIENTO.*

Punto a analizar aquí, en orden a esclarecer no sólo qué se sanciona en este tipo penal sino, también, por qué se sanciona, es el nivel de conocimiento que frente a la hipótesis delictual de la cual no da traslado a la autoridad pertinente, posee el servidor público infiel, pues que, en verdad, no basta con el hecho objetivo de que no se haya puesto en conocimiento de la autoridad un presunto hecho delictual, como que a ello -en orden a la estructuración como típica de la conducta- deben adicionarse consideraciones subjetivas, relacionadas con la confiabilidad de la información que ha sido recibida por parte del funcionario aparentemente infiel para con la administración pública, esto es, la credibilidad que la misma le merece, el real o supuesto encuadramiento típico de la misma, etc..

De allí, entonces, que pueda sostenerse que no siempre que hay omisión de denuncia, hay abuso de autoridad por omisión de denuncia: Para que opere lo primero, es necesario que el funcionario haya tenido un conocimiento confiable sobre la materialización de una hipótesis delictual y, más allá todavía, que esa información le permita a ese funcionario establecer alguna forma de adecuación típica, pues que, de lo contrario, no se estructuraría en disfavor suyo la figura delictual que viene siendo examinada.

Para ilustrar tales planteamientos, nada mejor que recurrir a dos expresos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, ambos proferidos en el año de 1984, los mismos que admitirían ser presentados de la siguiente manera:

- Providencia de Julio de 1984, con ponencia del Dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO:

> "Dicha conducta punible (Art. 153 C. Penal) se basa a la vez en el desconocimiento del mandato del artículo 12 del C. de P.P., que impone al servidor público el deber de denunciar, de inmediato, las infracciones penales de que tenga noticia, en la medida en que para su investigación no se exija querella de parte.
> No obstante, ni el mandato procesal ni la norma que tipifica la conducta omisiva del funcionario, pueden ser objeto de una rígida interpretación que conduzca a darle a estas disposiciones un alcance que no tienen. Es verdad que el funcionario está obligado a dar noticia de los hechos delictivos de que ha tenido conocimiento, pero este imperativo legal sólo lo compromete cuando tenga la certidumbre de que se ha podido cometer un hecho punible y no simplemente cuando tal afirmación represente una distante posibilidad o constituya una mera opinión sobre el desvalor de una conducta. El deber del funcionario resulta vinculante cuando tiene la certidumbre de que se ha realizado un comportamiento tipificado o cuando en su razonada opinión exista probabilidad cierta de que se infringió la ley penal".

- Providencia de Julio 24 de 1984, con ponencia del Dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA:

> "El delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia a que se refiere el artículo 153 del C.P. se estructura cuando un funcionario omite el deber de formular la denuncia a que se refiere el art. 12 del C. de P.P. cuando tenga conocimiento por cualquier vía de la comisión de un hecho delictivo cuya investigación deba adelantarse de oficio. Para que el incumplimiento de aquella obligación legal sea punible a título de abuso de autoridad, requiérese entonces que el empleado oficial sepa de la ocurrencia de un hecho descrito en la ley penal como delito e investigable de oficio, es decir, sin necesidad de querella; por manera que cuando no llegue a conocimiento suyo un tal evento o cuando se entere de un comportamiento que a su juicio no configure hecho subsumible en un tipo delictivo, su omisión de ponerlo en conocimiento de la autoridad no genera el abuso de autoridad en comentario, pues la obligación jurídica cuyo incumplimiento da lugar a este ilícito, está supeditada al conocimiento que el funcionario tenga en la formal delictuosidad del hecho conocido".

Evidentemente, lo que aquí se postula con relación con el componente subjetivo implícito en el conocimiento del servidor que omite dar traslado de la hipótesis delictual a la correspondiente autoridad, no comporta una exoneración absoluta para aquel, al amparo de que no comprendió como punible la conducta de la cual tuvo conocimiento, pues que siendo ello factible o posible en tratándose de tipos penales técnicos, no lo será tanto en relación con tipos penales naturales, tal como lo plantease la Corte Suprema de Justicia en providencia de agosto 3 de 1989, con ponencia del Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS:

"La omisión de que trata el artículo 153 del Código Penal debe referirse a hechos que constituyan infracción penal cuya averiguación deba adelantarse de oficio y el conocimiento de su ilicitud por parte del empleado oficial es cuestión subjetiva, o de apreciación personal del funcionario que al decir de la jurisprudencia y la doctrina equivale a "tener conciencia" o "estar convencido" de tal ilicitud.
Empero, existen ciertos hechos punibles como los llamados delitos naturales que por su manifiesta u ostensible densidad punitiva como el homicidio, la violación o el secuestro, entre otros, rechazan cualquier apreciación subjetiva sobre su configuración o existencia imponiéndole a todo servidor público el deber de denunciarlos de inmediato ante la autoridad respectiva, si no es la competente para avocar directamente su conocimiento".

2.3.1.2. *LO QUE SE CONOCE: LA COMISIÓN DE UN DELITO.*

Desde otro punto de vista, exige la norma que se trate del conocimiento concreto de la comisión de un delito, lo que admite la formulación de varias consideraciones:

- La primera, que aquí sí creemos que se ha utilizado de manera correcta el vocablo cometer, pues, como se vio con fundamento en el Diccionario de la Lengua Española, lo que se cometen son los delitos y/o las faltas, y no los actos;

- La segunda, que en lo que pensamos que pudo haber sido más técnico el legislador, fue en haber utilizado el término hecho punible, en vez de la alocución delitos, pues que, conforme a la redacción actual de la norma, le asiste toda la razón al profesor FERREIRA DELGADO[666], cuando asevera que "el conocimiento de lo contravencional no es de obligatoria denuncia a la autoridad competente".

Evidentemente, no debe descartarse tampoco que haya sido esa, precisamente, la finalidad o intención del legislador al acriminar esta conducta: No desgastar al aparato estatal dando trámite a procesos penales (bajo la hipótesis delictiva del abuso de autoridad por omisión de denuncia), al no haberse denunciado, por parte de un servidor público, una contravención de cuya materialización hubiese tenido conocimiento. Tal hipótesis, en cualquier caso, no haría más que certificar nuestra tesis de que estamos aquí en presencia de una conducta que, perfectamente, podría y debería ser despenalizada, como habrá ello de explicarse más adelante.

2.3.2. *QUE ESE DELITO CONOCIDO POR EL SERVIDOR, SEA DE AQUELLOS DE INVESTIGACIÓN OFICIOSA.*

Cuando la norma en tratamiento dispone que el delito que debe haberse conocido, y respecto del cual el servidor omite dar traslado de su materialización a la

[666] Ferreira Delgado, Francisco. *Delitos contra la Administración Pública.* Editorial Temis. Bogotá. 1982. Pág. 181.

autoridad competente, precisa que ese delito debe ser de aquellos cuya averiguación debe adelantarse de oficio, esto es, aquellos que, en tanto producidos o materializados, habilitan al Estado para que "mottu proprio", esto es, por su propia iniciativa, y sin que sea menester contar con autorización, petición o noticia de parte alguna, aprehenda su investigación, conocimiento, juzgamiento y, en su caso, sanción. Ello, por tanto, no solamente se excluye la posibilidad de materialización del tipo penal de la omisión de denuncia en relación con las contravenciones (como quedó ello ya consignado), sino, también, en relación con los delitos querellables.

Si por querella, conforme a lo dispuesto por el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 1o. de la ley 81 de 1993, se entiende una "condición de procesabilidad de la acción penal" por virtud de la cual se exige que sea, de manera exclusiva y excluyente, el sujeto pasivo quien promueva la acción penal, al situar los hechos constitutivos de delito, en conocimiento de las autoridades, habremos de decir que, en nuestro medio, son delitos querellables, esto es, en los que se requiere la mediación de una tal condición de procesabilidad a fin de instaurar la acción penal, los relacionados en el artículo 33 del mismo Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 2o. de la ley 81 de 1993), a saber: infidelidad a los deberes profesionales; usura y recargo en ventas a plazo; incesto; bigamia; matrimonio ilegal; supresión, alteración y suposición de estado civil; inasistencia alimentaria; malversación y dilapidación de los bienes; acceso carnal mediante engaño; acto sexual mediante engaño; violación de comunicación; injuria y calumnia; injuria y calumnia indirecta y por vía de hecho; injurias recíprocas; emisión y trasferencia ilegal de cheques, cuando la cuantía exceda de diez salarios mínimos legales mensuales; aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, cuando la cuantía de lo aprovechado supere los diez salarios mínimos legales mensuales; abuso de confianza, cuando la cuantía exceda de diez salarios mínimos legales mensuales; daño en bien ajeno, cuando la cuantía exceda a diez salarios mínimos legales mensuales; usurpación, invasión de tierras o edificios; perturbación de la posesión sobre inmuebles; y lesiones personales sin secuelas, que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad que pasare de treinta días sin exceder de sesenta.

Lo anteriormente expuesto quiere decir que si un servidor público ha tenido conocimiento de la materialización de uno de esos hechos, no incurre en omisión de denuncia cuando no da cuenta de esos hechos a la autoridad pertinente, toda vez que se trata de hechos delictivos que no son de investigación oficiosa, sino que son de naturaleza querellable.

Qué pasaría, entonces, en el caso del funcionario que teniendo conocimiento de la materialización de un delito, no lo denunció, esto es, no dio traslado del mismo a la autoridad, al creer erróneamente que se trataba de un delito querellable, cuando en realidad se trataba de un delito de investigación oficiosa? Habría que consi-

derar el caso concreto, puesto que allí operaría, como se dijo anteriormente, la teoría del error, debiéndose establecer si se reúnen o no los requisitos del error excusante de responsabilidad penal y, de manera especial, si se trataba de un error vencible o invencible, con todas las consecuencias que la adopción de una u otra alternativa reportaría.

En la medida en que no hace referencia la norma a ningún elemento subjetivo del tipo, ni expresa la necesidad de patentización de fase de agotamiento alguna en relación con el tipo, podemos presentar dos consideraciones adicionales:

- La primera, que es indiferente el móvil que haya tenido el servidor público para no denunciar, entre otras cosas, porque si de lo que se trata es de que hay intención expresa de eludir la acción de la autoridad, habrá de distinguirse si hubo o no acuerdo previo con los autores del ilícito: Si hubo tal acuerdo previo, podrá hablarse de complicidad en el delito original; si no hubo tal acuerdo previo, podrá hablarse de encubrimiento por favorecimiento, en los términos del artículo 176 del Código Penal.

- Y la segunda, que, como dice ARENAS[667], que no es necesario que la omisión de denuncia haya ocasionado la impunidad del primer delito: Basta la simple conducta omisiva para que el hecho punible se perfeccione, sin que interesen los perjuicios que de ella puedan derivarse.

2.3.3. *QUE NO SE DÉ CUENTA A LA AUTORIDAD DE TAL DELITO.*

La última característica de la conducta ejecutiva propia de esta infracción a la ley penal, consiste en que el servidor público que ha tenido conocimiento de la comisión de un delito, delito que debe ser de aquellos de investigación oficiosa, no da cuenta a la autoridad. En eso radica o consiste concretamente la conducta en esta infracción: Este es el núcleo central del tipo que se examina, pudiéndose aseverar que se trata de un tipo penal de omisión propia (se deja de hacer lo que se tiene que hacer), de donde, de una vez, nos sentimos habilitados para sostener que es este un tipo penal que no admite la forma imperfecta de la tentativa: El hecho se consuma cuando el servidor público tiene conocimiento de la comisión de un delito, y omite denunciarlo (en donde habría de consultarse el contenido del inciso segundo del artículo 20 del Código Penal, en orden a establecer el tiempo de materialización de una conducta omisiva, y, por tal vía, el momento consumativo de la figura delictual).

La ley no establece formas específicas para informar a la autoridad de un delito. Normalmente, dice GÓMEZ MÉNDEZ[668], debe hacerse por escrito, pero pue-

---

[667] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 77.

[668] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 132.

de hacerse también en forma verbal. No obstante, PÉREZ[669] -en posición que es por nosotros acatada- no comparte tal parecer, cuando indica:

> "El texto del art. 153 habla de la omisión en dar cuenta a la autoridad, lo cual se entiende en los casos en que el empleado que sabe de la comisión del delito, carece de competencia para actuar de inmediato. Por dar cuenta parece entenderse enviar un simple informe, de viva voz, por escrito o por cualquier otro medio de comunicación. Pero no es así. El epígrafe dice que el abuso de autoridad es por omisión en la denuncia, y la denuncia debe cumplir las exigencias indicadas en la ley de procedimiento".

Ahora bien, la autoridad a que se refiere la norma no es el superior jerárquico del servidor, sino el competente para conocer del delito de cuya existencia se ha tenido conocimiento.

3. CONSIDERACIONES PUNITIVAS.

Como se ha dicho en otras oportunidades, atendiendo a la pena imponible para el evento de la observancia de este comportamiento punible, que no es otro que el de la pérdida del empleo, nos sentimos facultados para proponer, una vez más, la despenalización por cambio de ordenamiento jurídico de esta conducta, esto es, que conservando ella su carácter de ilícita, pase a estar reglamentada en el ámbito jurídico-administrativo. Con esa opinión coincide GÓMEZ MÉNDEZ[670] cuando indica que, a esa misma sanción, "podría llegarse a través de un procedimiento disciplinario, sin necesidad de darle a esta omisión el alcance de delito".

---

[669] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 307

[670] Gómez Méndez, Alfonso. Pág. 134.

CAPÍTULO CUARTO

REVELACIÓN DE SECRETOS

Con las modificaciones introducidas por los artículos 18 y 32 de la ley 190 de 1995, el artículo 154 del Código Penal -relativo a la figura penal de la revelación de secretos- observa ahora la siguiente forma literal:

> "El [servidor público] que indebidamente da a conocer documento o noticia que deba permanecer en secreto o reserva, incurrirá en arresto de seis (6) meses a cinco (5) años, en [multa entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes] 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 entre diez (10) y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes] e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término".

0. GENERALIDADES.

0.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

El artículo 154 del Código Penal actualmente vigente, según las modificaciones al mismo introducidas por el denominado Estatuto Anticorrupción, consagratorio del tipo penal de la revelación de secretos, encuentra su antecedente legislativo inmediato en el artículo 173 del Código Penal de 1936, que observaba el siguiente tenor literal:

> "El funcionario o empleado público que haga conocer pública o privadamente documento 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.
> Si la violación del secreto o reserva tuviere lugar por culpa del funcionario o empleado, la multa se reducirá desde una tercera parte a la mitad".

Precisamente, es ese artículo 173 del Código Penal de 1936, aquel respecto del cual podremos trazar dos consideraciones fundamentales: La primera, que él, a su vez, encontraba su antecedente legislativo inmediato, en el artículo 326 del Código Penal italiano de 1930, en el cual el legislador italiano no sólo había contemplado, a más de las formas dolosa y culposa para la revelación de secretos (inciso primero y segundo), la forma dolosa de la apropiación de secretos (en beneficio personal: inciso tercero), en posición que no fue acogida ni por el legislador colombiano de 1936, ni por el de 1980. Y la segunda, que, como se ve, el Código Penal ac-

tualmente vigente, separándose de la tradición plasmada en el Código Penal italiano de 1930 (actualmente vigente), tanto como en el Código Penal colombiano de 1936, optó por eliminar la modalidad culposa para la revelación de secretos, como que ahora solamente se concibe la forma dolosa para tal comportamiento delictual, lo que no deja de ser, a nuestro modo de ver, una decisión político-penal bastante discutible.

0.2. EL SECRETO.

Cuando de revisar lo correspondiente a la protección legal de el secreto se trata, particularmente en relación con el contenido normativo del artículo 154 del Código Penal, varias son las cuestiones que deben ser clarificadas y estudiadas previamente, a saber: En primer lugar, qué se entiende por tal, esto es, por secreto. En segunda instancia, por qué razón se protege, legalmente, tal secreto. En tercer término, cómo se adelanta, implementa o materializa tal protección. Y, finalmente, en un cuarto estadio, hasta cuándo o, en su caso, hasta dónde llega o alcanza esa protección para el secreto. Veamos:

0.2.1. *QUÉ SE ENTIENDE POR SECRETO.*

Secreto, dice el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA[671], es "lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto", es "reserva, sigilo". Ahora bien, si por reserva entendemos la "guarda o custodia que se hace de una cosa, o prevención de ella para que sirva a su tiempo", o, en otro sentido, "prevención o cautela para no descubrir algo que se sabe o piensa"[672]; y si por sigilo se comprende el "secreto que se guarda de una cosa o noticia" o, de manera un poco más específica, un "silencio cauteloso"[673], dos son las conclusiones que podemos presentar:

La primera, que siendo el vocablo secreto denotativo del contenido de lo que no se quiere que sea conocido por terceros; reserva aparece como el término denotativo de la actitud o actividad que en tal sentido se despliega y, finalmente, sigilo pareciera ser una forma específica de guardar reserva sobre lo que se quiere que permanezca en secreto, toda vez que se cualifica con el adjetivo "cauteloso".

Y la segunda, íntimamente conectada con la anterior, que si el secreto es el contenido, reserva es una forma de guardarlo y preservarlo, y sigilo es, a su turno, una forma de preservar la reserva, no se ve razón para que el legislador haya utilizado, al mismo tiempo, tanto en el artículo 173 del Código Penal de 1936, como en el artículo 154 del Código Penal de 1980, al mismo tiempo, los vocablos secreto y reserva, como denotativos del objeto material de la infracción, en el entendido que hubiese bastado con el empleo del primero de los mismos, dejando

---

[671] Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo II. Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1994. 21a. ed. Pág. 1853.

[672] Ibídem, pág. 1780.

[673] Ibídem. pág. 1878.

a la doctrina y a la jurisprudencia, la interpretación del significado de tal vocablo (tal como aquí se trata ahora de hacer).

Si todo ello es así, como en efecto creemos que lo es, puede entonces resumirse diciendo que secreto consiste en un hecho conocido por una persona, que aspira a que el mismo no sea conocido por nadie más, o por un círculo reducido de personas.

Lo que habría de clarificarse a esta altura de la exposición, es, de un lado, por qué razón quiere o requiere esa persona que es depositaria del asunto que no debe ser conocido por otro u otros, que el mismo conserve tal carácter; y del otro, por qué razón debe, puede y tiene el Estado, a través del ordenamiento jurídico penal, ocuparse y preocuparse por tal evento, protegiendo tal secreto y, en su caso, sancionando a quien infringe tal obligación de reserva.

0.2.1.1. *ORIGEN DEL SECRETO.*

Un asunto puede ser objeto o materia de secreto, imponiendo a alguien la obligación de guardar reserva y/o sigilo sobre el mismo, por una o varias razones: Bien sea por la naturaleza misma del hecho al cual se refiere (como cuando apunta a asuntos, aspectos o eventos relacionados con la intimidad de las personas que, como tal, no desean ellas que sean conocidos por terceros y respecto de los cuales puede decirse que, al menos en principio, no es ni conveniente ni pertinente que estos terceros las conozcan); bien sea por los deberes particulares de la persona que es depositaria del secreto (cual es el deber profesional de algunas personas, en relación con aquello que han oído, visto o comprendido por razón de su profesión u oficio, cual acontece con el sacerdote, el médico o el abogado); o por los perjuicios que la revelación de tal asunto podría traer para su depositario (como cuando se posee una fórmula química pacientemente elaborada, de cuya revelación se seguiría para su titular un enorme perjuicio, en la medida en que su beneficio se basa, precisamente, en el hecho de que tal asunto siga cobijado por el secreto; o, en otra perspectiva, como cuando se trata de asuntos propios de la seguridad nacional, tanto interna como externa, en donde la revelación de algunas informaciones traería o, por lo menos, podría traer, graves y grandes perjuicios al Estado y a los coasociados), etc..

0.2.1.2. *LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROTEGER EL SECRETO.*

Sabiendo ya qué es el secreto, y conociendo cuáles pueden ser las razones o fundamentaciones para que un asunto deba, pueda o tenga que permanecer en secreto, debemos ahora establecer por qué razón, y, consecuencialmente, dentro de qué límites, debe y tiene el Estado la obligación de proteger ese secreto.

Partiendo de la premisa, aceptada por BERNAL PINZÓN[674], de que la revelación de un secreto, en cuanto tal, no constituye, no es delito, como que el hecho

[674] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 184.

de que tal actuación, como tal, no reporta daño o afectación social ninguna, hemos entonces de establecer cuándo, esto es, en qué hipótesis, esa revelación de un secreto, de un asunto sometido a reserva, de una información respecto de la cual debería haberse guardado sigilo, es (o debe ser) constitutiva de una infracción a la ley penal: Y, tal como ha quedado ello implícito en este mismo párrafo, habremos de decir que la revelación que de un secreto se haga por parte de una persona, debe (en consideración que debiera ser acogida por el legislador) y puede (en consideración que debe ser acogida, en su momento, y una vez patentizado el acogimiento legislativo de tal evento, por parte del fallador), ser constitutiva de delito, en tanto con ella, con tal revelación, se afecten intereses de terceros. Dicho de otra manera, la revelación de secretos, entendida en términos generales, ha de ser una conducta que alcance el grado de punible (siendo acogida como tal dentro de la ley penal por parte del legislador), en tanto con su materialización se afecten, ofendan o desconozcan, derechos o intereses de otra u otras personas.

Por ello, debe destacarse que en diferentes sentidos y niveles, el legislador penal de 1980 protege el secreto, sancionando la revelación que, de manera indebida (puesto que ciertamente hay muchas revelaciones "debidas" de secretos), se haga de los mismos. Baste al efecto recordar que el Código Penal actualmente vigente sanciona la revelación de secretos en frentes como los siguientes:

- Cuando se realiza contra la seguridad del Estado, sobre la base de que el secreto sea de contenido político, económico o militar, como se realiza en el artículo 119;

- Cuando se realiza como un abuso de autoridad, en la medida en que se trate de un servidor público que indebidamente da a conocer asuntos (que la ley cualifica como documentos o noticias), que deba mantener en secreto (o reserva), tal como se efectúa en el artículo 154;

- Cuando se verifica como una forma de atentado contra el orden económico-social, en la medida en que se refiera a descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial, según se hace ello en el artículo 238;

- Cuando se intercepta una comunicación dirigida por una persona a otra, particularmente cuando se hace revelación del contenido de la misma, según la regulación contenida en el artículo 288 del Código Penal;

- Y, por último, cuando se verifique como una divulgación o empleo del contenido de un documento que deba permanecer en reserva, según se realiza ello en el artículo 289 del mismo Código.

En todos esos eventos, como se ve, la protección al secreto deriva de una consideración fundamental: Con la revelación de ese asunto que debería haber permanecido en reserva, se están ofendiendo y/o desconociendo, derechos o intereses de terceras personas, que tienen todo el derecho a aspirar (y, en su caso, a reclamar), que esos determinados asuntos sean mantenidos en reserva. Evidentemente, habrá una específica cualificación de la respectiva conducta punible, atendiendo al con-

tenido del secreto (pues que no es lo mismo un asunto militar que una infidelidad conyugal), o al medio utilizado para conocer lo que debía permanecer en reserva (toda vez que tampoco es lo mismo que el asunto que debería haber permanecido en reserva, haya sido conocido directamente, al escuchar una conversación entre los depositarios del secreto, que haber interceptado la comunicación telefónica que entre ellos se verificaba, en orden a la discusión de asuntos relacionados con el hecho o información materia de secreto).

0.2.2. *CONTENIDO Y LÍMITES DE LA PROTECCIÓN ESTATAL DEL SECRETO.*

Determinado como lo ha sido, que el Estado debe mediar para la salvaguarda del secreto, en tanto con ello se afecten o vulneren derechos o intereses de terceros, no sólo en atención al contenido mismo del asunto específicamente sometido a reserva, sino a la forma o procedimiento empleado para violentar tal reserva, debemos establecer ahora hasta dónde y hasta cuándo alcanza esa protección estatal.

Cuanto a lo primero, creemos que la actividad del Estado, encaminada a la protección del secreto, dentro de los marcos del derecho penal, encuentra como criterio determinador, el derecho de los coasociados a que se respete su intimidad, su propiedad y su seguridad: Cuando por razones de intimidad (el estado de salud personal, las enfermedades que se padecen, las situaciones puramente personales), de propiedad (la propiedad que se posee sobre ciertos inventos, descubrimientos, procedimientos, etc., con contenido, valor o representatividad económica) o de seguridad (tanto nacional como individual), se desea, se requiere o se necesita que algo permanezca en reserva, esa persona que tal aspiración conjuga, tiene el derecho a que ello sea así mantenido y, consecuencialmente, a recibir la protección del Estado en tal sentido.

A su turno, esa protección del Estado debe manifestarse en dos frentes: En un primer frente, que podríamos denominar preventivo, propendiendo porque nadie vulnere o desconozca ese derecho que tiene el titular del secreto, a que el mismo permanezca en tales condiciones, y que se materializa (o se debe materializar), en acciones de carácter policivo, contravencional. Empero, cuando esa estrategia resulte fallida (como habrá de acaecer, no sólo en abstracto, sino de manera concreta), entonces lo que habrá de implementar (en abstracto) y de desarrollar (en concreto) el Estado, será medidas de carácter represivo, siendo ese el momento en el cual debe aparecer la sanción para quien tal secreto ha infringido y desconocido.

En este último sentido, no sólo para la acriminación (abstracta) de la conducta, sino para su juzgamiento (concreto) de quien tal secreto ha violentado, ha desconocido, habrá de tenerse en cuenta una nueva distinción: Si quien tal reserva ha infringido era depositario o no de tal secreto; o si, por el contrario, se entrometió en la esfera de protección de su titular, en orden a su conocimiento.

Ciertamente, no es lo mismo que una persona a quien se ha confiado un secreto (como lo hace el patrono con su empleado, en relación a cuestiones puramente técnicas, industriales y científicas), revele el contenido del mismo; a que quien, en principio, es completamente ajeno al secreto, intercepte las comunicaciones, allane la morada o el sitio de trabajo, revise los documentos privados de quien observa la calidad de titular de tal secreto, con miras a conocerlo. Por ello, decimos, es ese otro punto que ha de ser tenido en cuenta por parte del legislador, al momento de sancionar la revelación de secretos.

Finalmente, dentro de esta teoría general sobre el secreto, podríamos apuntar que la obligación de guardar (por parte de sus depositarios) o de preservar (por parte del Estado) tal secreto, se agota cuando el contenido del mismo ha llegado ya, por vía ajena, al conocimiento del público; o, del otro lado, cuando se ha vencido el término, legal u oportuno, para su mantenimiento.

Lo primero operaría, por ejemplo, cuando aspirándose a que no se conozca un determinado modelo o estrategia publicitaria o militar (según fuere el caso), la misma hubiese sido ya conocida, por vía alternativa, por parte del público: Qué sentido tendría el seguir manteniendo ese secreto, cuando el asunto, en puridad, ya no es secreto para nadie, en la medida en que todo el público la conoce? Y si ello es así, qué sentido tendría sancionar a la persona que, habiendo sido depositaria original de tal asunto reservado, se refiere a él, una vez que por vía diferente el público tuvo conocimiento del mismo?

Lo segundo tendría operancia, en el primer caso, cuando precluye el término indicado por la ley, como el debido para que un documento permanezca en reserva, vencido el cual, perfectamente puede ser conocido por terceros; y en el segundo, cuando ya se ha superado una determinada etapa, evento o condición, que permite que el asunto que originalmente debía ser reservado, pueda ya ser conocido por terceros.

Ejemplo de la primera hipótesis podría ser el artículo 13 de la Ley 57 de 1985, según el cual:

> "La reserva legal sobre cualquier documento cesará a los treinta (30) años de su expedición.
> Cumplidos éstos el documento adquiere carácter histórico y podrá ser consultado por cualquier ciudadano y la autoridad que esté en su posesión adquiere la obligación de expedir a quien lo demande copias o fotocopias del mismo".

Ejemplo de la segunda hipótesis podría ser, en nuestro caso, el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, que en su inciso primero dispone:

> "Durante la instrucción, ningún funcionario puede expedir copias de las diligencias practicadas, salvo que las solicite autoridad competente para investigar y conocer de procesos judiciales, administrativos o disciplinarios, o para dar trámite al recurso de hecho",

pues que una vez superada la etapa de la instrucción, y llegada la etapa del juicio, el proceso penal pierde su carácter de reservado, pudiendo ser, entonces, conocido por terceros.

1. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

1.1. LOS SUJETOS.

1.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

En atención a la redacción que actualmente presenta la norma que se revisa, habremos de decir que estamos aquí en presencia de un tipo penal de sujeto activo calificado o propio, como que se exige que el mismo detente la calidad de servidor público, sea de derecho o de hecho, tal como fuese ello analizado al explicar el contenido normativo del artículo 63 del Código Penal, con las modificaciones al mismo introducidas por el parágrafo único del artículo 18 de la tantas veces citada ley 190 de 1995.

No obstante, existen dos situaciones particulares que ameritan y exigen atención y comentario, cuales son: De una parte, si es o no posible que un ex-servidor público materialice una de estas infracciones a la ley penal, según la redacción de la misma en el momento actual; y de la otra, cuál es la situación o condición jurídica de la persona, usualmente un particular, que aparece como destinatario o favorecido con esa revelación.

1.1.1.1. *EL CASO DEL EX-SERVIDOR PÚBLICO.*

Sobre lo primero, habremos de predicar, tal como lo hacía BERNAL PINZÓN[675] en relación con el Código Penal de 1936, que la calidad o condición de empleado oficial -según la terminología de la época- que debe conjugar el sujeto activo, debe existir, precisamente, en el momento de la comisión del hecho, que no es otro que aquel en el cual se hace la revelación del asunto inicialmente sometido a reserva. De esta suerte, se tendría que si para el momento en que una persona verifica la revelación de un secreto, el mismo que llegó a su conocimiento durante una época anterior de su existencia, en la cual ostentaba él la calidad o condición de servidor público, no incurrirá en la conducta punible prevista en el artículo que nos ocupa, dado que no permite la norma, con su redacción actual, tales alcances sancionatorios, los que, por cierto, debería tener: Incurrirá, si es el caso, en una violación de reserva industrial, en el evento en que sea de tal carácter el contenido del asunto revelado, o, en su caso, en una falta de carácter ético-disciplinario, si es que el agente de la infracción es médico o abogado, mas no, como se ha dicho aquí, en la conducta sancionada en el artículo 154 del Código Penal.

---

[675] Ibídem, pág. 185.

Evidentemente, se parte aquí del supuesto de que no haya mediado un acuerdo previo entre el sujeto activo y otra persona (quien aspira a que tal asunto reservado le sea revelado), verificado antes de que el primero hiciere dejación de su cargo, con miras a cumplir lo así pactado con el tercero, luego de que haya abandonado el cargo, puesto que, creemos, en tal evento otra habría de ser la solución, en atención a lo dispuesto en el artículo 24 del Código Penal. Pero mientras no haya mediado una tal forma de comisión, tendremos que decir que no existe sanción, dentro de los moldes típicos contenidos en el artículo 154 del Código Penal, para el caso que se propone.

Esa solución, por mucho que aparezca como ajustada a la ley, no pareciera ser la más adecuada desde el punto de vista político-penal, y mucho menos desde la óptica político-criminal: Por ello, creemos que la solución a tal falencia radicaría, por ejemplo, en la adopción dentro de la ley penal colombiana, de una disposición como la contenida en el Código Penal italiano actualmente vigente, que en su artículo 360 prevé, expresamente, la responsabilidad para los ex-funcionarios que cometen delitos propios o especiales, al establecer:

> "Cuando la ley considera la calidad de funcionario público, o de encargado de un servicio público, o de ejercente de un servicio de necesidad pública, como elemento constitutivo o como circunstancia agravante de un delito, la cesación de tal cualidad, en el momento en que el delito es cometido, no excluye la existencia de este ni la circunstancia agravante, si el hecho se refiere al oficio o al servicio ejercitado".

Una disposición como la contenida en el Código Penal italiano, que resultaría sumamente conveniente en cuanto a su adopción correspondiente en la ley penal colombiana, no hace más que recordar, que poner de presente, que el deber de fidelidad, la obligación de lealtad para con la administración, de parte del servidor público, no termina con la cesación en su cargo o la desvinculación de sus funciones, como que habrá él de seguir respondiendo como tal, como servidor público, aún después de haberse desvinculado materialmente de la administración, en la hipótesis en que cometa una infracción a la ley penal que encuentre como presupuesto la calidad o condición de servidor público, de la cual aquél gozó, ejerció o desarrolló en el pasado: Así, cuando una persona, que para el caso ya no hace parte de la administración, por haberse desvinculado materialmente de la misma, revela un asunto que debía mantenerse y permanecer en reserva, y del cual tuvo conocimiento mientras estuvo vinculado a la administración, seguirá respondiendo como tal, esto es, como servidor público (así no haga ya parte de la administración), en la medida en que, de ese hecho, tuvo conocimiento mientras se encontraba vinculado a la misma (a nivel, claro está, de la legislación penal italiana vigente).

Esta situación pone de presente, entonces, que, por ejemplo, una persona que anteriormente ostentaba el cargo de funcionario de instrucción (fiscal, para el caso colombiano actual), habría de seguir guardando en reserva aquellos asuntos de los cuales tuvo conocimiento mientras estuvo vinculado a la administración, por mu-

cho que ya no desempeñase tal función o cargo público: A nivel colombiano, en el evento de revelar tales asuntos, incurriría, cuando más, en una falta de carácter administrativo o, como se dijo anteriormente, ético-disciplinario; a nivel italiano (en modelo que, como se ha dicho, nos parece altamente conveniente de imitar), habría de responder por la comisión de una revelación de secretos, dentro de los límites y contenidos de la ley penal.

Obviamente, mientras no sea adoptada en nuestro medio una disposición como la que aquí se recomienda, seguirá teniendo vigencia y valor la sentencia de BERNAL PINZÓN[676], según la cual, ante la imposibilidad de aplicar la ley penal por analogía o por extensión, a los casos no previstos especialmente, tales conductas de los ex-funcionarios públicos quedarán impunes.

1.1.1.2. *EL CASO DEL DESTINATARIO DE LA INFORMACIÓN.*

En segundo lugar, aparece una situación completamente diferente, que nos lleva a considerar la condición jurídica en que se encuentra la persona que ha sido destinataria de la información que ha sido revelada, de manera indebida, por parte del aludido sujeto activo de esta infracción.

Partiendo de la base de que se trata aquí de un tipo penal monosubjetivo, habida cuenta que en la descripción del hecho delictuoso que analizamos la ley no exige sino la presencia o la conducta de un solo sujeto activo, como que no es necesaria la presencia de varios sujetos activos para que se realice y consume la infracción, tendremos que decir que, en principio, no habrá de responder penalmente la persona que figura como destinatario o favorecido con la revelación de tal asunto inicialmente sometido a reserva.

Empero, tal conclusión debe ser tenida solamente como un principio de solución a la problemática planteada, en la medida en que sí podrían presentarse algunas hipótesis bajo las cuales tal sujeto (el destinatario de la revelación), sí habría de responder penalmente, aún, dentro de los moldes del tipo penal que estudiamos: Tal sería el evento en que ese sujeto destinatario de la revelación, hubiese observado una conducta propia de participación, entendida ella en sentido general.

Evidentemente, si el precitado sujeto destinatario de la información ha conjugado algún actuar que lo presente como determinador o cómplice del reato sancionable, habrá de decirse que incurre en responsabilidad penal a tal título (bien como determinador, bien como cómplice, según sea el caso); pero que la misma, esto es, la responsabilidad penal no emerge del simple hecho de ser destinatario de la revelación, sino del hecho de haber observado una determinada conducta encaminada a obtener la precitada revelación[677].

---

[676] Ibídem, pág. 185.

[677] En el mismo sentido se pronuncia, en nuestro medio, Bernal Pinzón: *Op. Cit.* Pág. 187.

Como se ve, y sea ello dicho de paso, resulta ser harto diferente, por no decir que diametralmente contraria, la solución a la cual aquí se arriba, en relación con la situación jurídica de esa persona que es destinataria de la revelación indebida del secreto, dentro de los márgenes del artículo 154 del Código Penal, a la que se presenta para la revelación de reserva industrial que consagra el artículo 238 de la misma obra normativa, como que mientras en el inciso primero de tal artículo se sanciona a quien hace tal revelación, en el inciso final se sanciona a quien, por esos mismos medios, conozca del asunto que originalmente estaba sometido a reserva industrial.

1.1.2. *SUJETO PASIVO.*

Sujeto pasivo de esta forma de infracción a la ley penal, no es otro que el Estado, siempre que es él el titular del bien jurídico aquí finalmente ofendido, que es, precisamente, la administración pública.

Sin embargo, debe reconocerse que un particular, sin alcanzar la connotación de sujeto pasivo de la misma, sí puede llegar a ser perjudicado con la materialización de una de estas conductas, cuando de la revelación del secreto se siga para él un menoscabo de tipo patrimonial, como sucedería, por ejemplo, en el evento en que se revele el contenido de un procedimiento químico o farmacéutico, que, como tal, ha debido ser registrado en las dependencias oficiales correspondientes: Si uno de los funcionarios que laboran en tal dependencia revelare tal asunto, se tendría que ofendiendo a la administración pública y, con ello, al Estado, se está ocasionando a ese particular un perjuicio de índole patrimonial, que lo habilitaría para constituirse en parte civil dentro del correspondiente proceso penal.

1.2. LOS OBJETOS.

1.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

La regla general es la de que los actos, asuntos y eventos de la administración pública pueden ser conocidos por los particulares[678]: no otra puede ser la conclusión cuando se recuerda que según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 74, la Constitución Nacional de 1991 señala que "todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos", si bien a renglón seguido se establece que ello operará, "salvo los casos que establezca la ley".

Siendo la de la publicidad de los actos, documentos y asuntos de la administración la regla; la excepción es la de su secreto, la misma que debe establecerse a nivel legal, entendido este concepto como ley en sentido material, y no meramente como ley en sentido formal: Por esta vía, entonces, pueden establecerse, excepcionalmente, reservas para actos y documentos de la Administración, a nivel de los decretos, las resoluciones, los reglamentos o las circulares, tanto como a nivel

---

[678] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* 135.

de las leyes expedidas por el Congreso de la República, siguiendo en ello el procedimiento legislativo.

Por razones de defensa nacional, de preservación del orden público, del derecho de intimidad del cual son titulares los coasociados o del derecho de propiedad del cual disfrutan los habitantes del territorio nacional, una determinada situación, evento, hecho, información o documento, pueden ser considerados y, consecuentemente, legalmente declarados, como dignos de reserva: Lo primero, justo es reconocerlo, se sanciona primordialmente a nivel de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal, consagratorio del tipo penal del espionaje; lo segundo, como acontece en los artículos 158 (protección de la identidad de funcionarios), 293 (reserva de la identidad del testigo), 321 (reservas de las diligencias durante la investigación previa), 331 (reserva de la instrucción) y 342 (providencias reservadas), del Código de Procedimiento Penal; lo tercero, que si bien se protege por ejemplo a nivel de los tipos penales de la injuria y la calumnia (arts. 313 y 314 del Código Penal), encuentra fundamento en el artículo 15 de la Constitución Nacional, y un más claro desarrollo a nivel de su correspondiente tutela jurídica en los ordinales 2 a 5 de la ley 23 de 1991; y lo cuarto, que si bien se protege, igualmente a nivel del artículo 238 del Código Penal (violación de reserva industrial), encuentra fundamento en los artículos 58 y subsiguientes de la Carta Fundamental.

Bajo este modo de razonar, cuando de analizar el objeto jurídico propio de este tipo penal se trate, tendremos que decir que el mismo es de carácter complejo, pues que no solamente existe un interés en la conservación o preservación del secreto o reserva de la información propia o atinente a la administración pública, cuya revelación puede ponerla en peligro, afectando su buen nombre, su buena imagen y, obviamente, ante la desconfianza que ello originaría entre los particulares, su buena marcha; sino que, del otro lado, existe un interés de parte de los titulares de tales asuntos (los originalmente sometidos a reserva), en que ellos permanezcan alejados y al margen del dominio público.

Por ello, con sobrada razón ORTIZ RODRÍGUEZ[679] puntualiza que cuando la autoridad pública impone el secreto o reserva a un documento o noticia, es porque tiene interés en que el mismo no se conozca sino por un número limitado de personas, toda vez que se considera necesario tal secreto o reserva para no entorpecer la administración o para evitar daños de carácter público o privado: De allí, entonces, que se estime necesario, por parte del legislador, evitar que los servidores públicos trafiquen con esos documentos o noticias secretos o reservados, sancionando dentro de este artículo, la conducta de quien tal deber infringe.

1.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

El objeto material propio de este tipo penal se encuentra constituido por el documento o la noticia.

---

[679] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 135.

1.2.2.1. *EL DOCUMENTO.*

1.2.2.1.1. *CONTENIDO Y SIGNIFICADO.*

Contrario a GÓMEZ MÉNDEZ[680], para quien "el concepto de documento está vinculado a la idea de lo escrito", nosotros diremos, siguiendo en ello a IRURETA GOYENA[681], que por documento se entiende:

> "...toda cosa que lleva en sí misma la prueba o la comprobación de un hecho determinado, como dice el gran maestro Carrara. Documento es la medalla que cuelga del pecho de un soldado, en cuanto acredita el valor de ese soldado; documento es también el mojón lindero de una propiedad, en cuanto indica el punto preciso en que termina ésta y empieza la propiedad vecina, etc.." (Subrayas fuera del texto).

Si se dice que documento es toda cosa que lleva en sí misma la prueba o la comprobación de un hecho determinado, no es por otra razón que aquella que nos muestra, como lo propone MORENO BRAND[682] que:

> "Los progresos de la técnica y los nuevos descubrimientos en la expresión y transmisión del pensamiento, permitieron encontrar formas distintas al escrito, tal como sucede en las grabaciones, en los discos, en las cintas cinematográficas, el video casette, que permiten dar una concepción más amplia de acuerdo a los designios que el Legislador indicó, ya que documento no es solamente el escrito sino cualquier objeto apto para producir una idea" (Subrayas fuera del texto),

en aval de lo cual, precisamente, se alza el artículo 225 del Código Penal, según el cual,

> "Para efectos de los artículos anteriores se asimilan a documentos, siempre que puedan servir de prueba, las expresiones de persona conocida o conocible recogidas por cualquier medio mecánico, los planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, radiográficas, fono-ópticas, archivos electromagnéticos y registro técnico impreso". (Subrayas fuera del texto).

1.2.2.1.2. *REQUISITOS*

Conforme lo ha explicado ya de manera suficiente y satisfactoria la doctrina, tanto nacional como extranjera, para que pueda hablarse de documento, en el ámbito jurídico penal, es menester que esos objetos que buscan alcanzar tal categoría, respecto de esta hipótesis delictual, conjuguen dos trascendentales e imprescindibles elementos, a saber: De un lado, el tenor, o, lo que es lo mismo, el contenido

---

[680] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 135.

[681] Irureta Goyena, José. *La Falsedad Documental.* Casa A. Barreiro y Ramos, Montevideo. 1976. Pág. 12.

[682] Moreno Brand, William A. *Derecho Penal Especial.* Wilches Editores, Cali. 1987. Pág. 272.

mismo del documento; y del otro lado, la firma, o, dicho de manera más amplia y exacta, la identificación o individualización de su autor.

Sobre lo primero, MORENO BRAND[683] explica que el contenido del documento debe ser comprensible para un número indeterminado de personas, pues de no ser así perdería la finalidad de transmitir las ideas o los conceptos: Ese contenido deberá ser jurídico, tener incidencia en el tráfico jurídico porque puede servir de prueba en cuanto a derechos y obligaciones de esta clase. El uso del idioma castellano no es indispensable para que haya documento.

Respecto a lo segundo, el mismo autor en cita señala que en cuanto pueda identificarse como persona existente, natural o jurídica, la identificación de los documentos mediante el lenguaje español se logra por medio de la firma o rúbrica de quien lo hace o lo manda a hacer: A veces ocurre que no se ha firmado el documento, pero si puede establecerse la identidad tendrá que darse al documento su categoría (caso de la grabación magnetofónica), en que si bien no se puede advertir su firma, por otros medios el creador de la misma, en donde se han vertido manifestaciones, conceptos y pensamientos. Suele suceder también que se firme con un seudónimo y si puede identificarse la persona tendrá que llegarse a la misma conclusión.

1.2.2.1.3. *CLASIFICACIÓN.*

Según lo dispuesto por la propia legislación penal, a nivel adjetivo, se tiene que los documentos se clasifican en públicos y privados. En tal sentido, vale la pena recordar que el Código de Procedimiento Penal anteriormente vigente (Decreto 050 de 1987), en su artículo 280, en noción que pese a la derogatoria de la norma sigue teniendo validez ilustrativa, disponía,

> "Los documentos son públicos y privados. Documento público es el expedido con las formalidades legales por empleado oficial en ejercicio de sus funciones.
>
> Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público". (Subrayas fuera del texto).

Si a tal conclusión llegamos, es por la sencilla razón de que el Código de Procedimiento Civil, actualmente vigente, en su artículo 251 claramente dispone:

> "Art. 251.- DISTINTAS CLASES DE DOCUMENTOS. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.
> Los documentos son públicos o privados.

---

[683] Moreno Brand, William A. *Op. Cit.* Pág. 273.

> Documento Público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.
> Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público".

1.2.2.1.4. *EL DOCUMENTO RESERVADO A QUE SE REFIERE EL ART. 154 C.P.*

Conocido ya lo que se entiende por documento y establecido qué clases de documentos existen en el ordenamiento jurídico nacional, hemos de precisar a qué documentos se refiere la norma sub examen. En tal sentido, entonces, digamos que ese documento, en cuanto tal, es el que debe contener la información que, finalmente, se aspiraba a que fuese y se mantuviese reservada: No es tanto, a nuestro modo de ver, que el legislador pretenda defender y propender con esta norma por la protección de la reserva de los documentos, puesto que ello, finalmente, ningún sentido tendría, ni desde el punto de vista ontológico ni desde el punto de vista axiológico. Si tal reserva frente a tales documentos se pretende, es en atención a la información en ellos contenida, según quedó ello expresado cuando se analizó lo correspondiente al sentido y contenido del vocablo secreto.

En este sentido, nos parece que el legislador nacional incurrió en un grave error de apreciación, al confundir "el contenido" con "el continente", puesto que lo que es materia de protección, o debiera ser materia de protección, en cuanto a su reserva hace referencia, no es tanto al documento, en sí mismo considerado, sino al contenido del documento: En tal sentido, por ejemplo, cabe subrayar que en otros apartados del mismo Código Penal el legislador no sólo reconoció tal distinción sino que, lo que es más importante aún, le dio significado legal, como acontece concretamente en el artículo 289 del Código Penal (divulgación y empleo de documentos reservados), que, a la letra, dispone:

> "El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá....". (Subrayas fuera del texto).

Como se ve, media un profundo error, quizá de concepción, pero en todo caso de redacción, cuando en el artículo 154 del Código Penal parece darse a entender que lo que se protege es la reserva del documento, con lo cual se llegaría al absurdo de que incurre en esta conducta delictual, el funcionario que permite que otro conozca el documento (se lo deje mirar a la distancia), sin que le permita enterarse del contenido del mismo; o, en sentido contrario pero igualmente absurdo, que no incurra en esta forma de infracción a la ley penal colombiana, el funcionario que sin mostrar o enseñar el documento, le cuenta a otra persona (la entera) del contenido del mismo: Así, si un juez penal le muestra a otra persona el expediente correspondiente a un proceso penal, permitiéndole ojearlo, sin permitirle siquiera

leer, incurre en la conducta punible que examinamos; pero el mismo juez, que sin mostrar el correspondiente expediente, entera a un tercero sobre los contenidos del mismo, no incurriría en esta infracción, porque, al fin de cuentas no ha revelado ningún documento (sin que con ello queramos decir que sería ese un comportamiento que no ameritara sanción, o que esa conducta quede impune en nuestro medio: Lo que sucede es que no podría ser punible con sujeción a lo dispuesto en el artículo 154 del C.P.): Tales despropósitos se corregirían, si la fórmula utilizada fuera la misma del artículo 289 del Código Penal, a saber, la de acriminar la revelación de la información (si se quiere, contenida en un documento, lo que realmente, desde el punto de vista ontológico, resulta ser accesorio y contingente, puesto que bien puede ser una información reservada, sin necesidad de que obre plasmada en un documento, como acontece, específicamente, en el terreno de la inteligencia militar).

1.2.2.2. *LA NOTICIA.*

Noticia, dice el DICCIONARIO DE LA LENGUA[684], es "noción, conocimiento", es el "contenido de una comunicación antes desconocida". Por eso, entonces, no compartimos nosotros, tampoco, la idea de GÓMEZ MÉNDEZ[685] de que el vocablo en comento tiene "un cierto sentido periodístico que hace inadecuada su ubicación en la descripción de un tipo penal", no sólo porque un tipo penal no se describe (toda vez que, de suyo, es una descripción), sino porque el sentido original, básico, fundamental, de dicho término, es el de información o datos hasta un determinado momento desconocidos (los mismos que, consecuencialmente, a partir de la noticia, pasan a ser conocidos).

No es que estemos nosotros diciendo que está bien empleado este vocablo aquí por parte del legislador, pues que en la crítica a tal manejo idiomático estamos de acuerdo con GÓMEZ MÉNDEZ: Lo que sucede es que no compartimos el argumento con el cual tan connotado e ilustre comentarista de la ley penal colombiana, quiere censurar al legislador.

A nuestro modo de ver, el problema de este tipo penal parte de más atrás, para abordar una, en nuestro sentir, errónea comprensión de la temática correspondiente al secreto y, obviamente, a su revelación: El secreto, en cuanto tal, como decíamos al ocuparnos de algunas generalidades en relación con esta norma, es un hecho que se quiere o se necesita mantener en reserva, por lo que, en última instancia, es una información. Revelar esa información, no sólo es revelar lo que antes era secreto, sino, también, y al mismo tiempo, dar noticia a los demás de ese evento fáctico. Así, criticamos nosotros el tipo penal contenido en el artículo 154 del Código Penal, por su imprecisa, antitécnica y lingüísticamente defectuosa re-

---

[684] Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo II. .... 21a. ed. Pág. 1449.

[685] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 135.

dacción, toda vez que, quizá, habría sido más adecuado (a tiempo que más sencillo), si al momento de redactar tal disposición, el legislador se hubiese limitado a plasmar en la norma, la imagen rectora de la conducta, lo cual pudo perfectamente hacer en términos como: "El servidor público que indebidamente revele información que deba ser mantenida en reserva...".

Obsérvese que, con términos más sencillos, no solamente se hubiera dicho lo mismo, sino que se habrían evitado inútiles y hasta peligrosas confusiones y tergiversaciones: Al fin de cuentas, la información puede constar o no en un documento, en primer lugar; cuando se dice que esa información debe ser mantenida en reserva, se está aludiendo a que la misma es materia de secreto, sin necesidad de inútiles repeticiones; y, finalmente, cuando se dice que esa revelación debe ser indebida, se están destacando, tácitamente, dos circunstancias: La primera, que la revelación puede ser verificada tanto a una (privada) como a varias (pública) personas, como que, al fin de cuentas, "un secreto entre dos, es un secreto entre todos", esto es, que basta con que el asunto haya perdido su carácter de reservado (así sea en relación con una única persona), para que se entienda ya desaparecido el manto del secreto; y la segunda, que se reconocería, con una tal concepción normativa, dentro del acápite correspondiente a la teoría de la tipicidad, que existen "revelaciones debidas", como más adelante se verá, las mismas que pueden llegar a presentarse con prescindencia de la mediación de una de las circunstancias de justificación del hecho contenidas en el artículo 29 del Código Penal.

Nos parece, con el debido respeto, que quizá la doctrina nacional ha mirado con un tanto de desprecio y desafecto, el tema correspondiente a los abusos de autoridad, como si ellos no tuviesen trascendencia social y/o punitiva: Ello, entonces, ha conducido a que el propio legislador carezca de elementos de juicio suficientes para adoptar las mejores y más convenientes redacciones en cada uno de los tipos penales que hemos aquí analizado, en desmedro de los intereses sociales y, en última instancia, de la administración pública.

No es que estemos nosotros proponiendo, de otro lado, el incremento desmesurado en el quantum de las penas imponibles para los diferentes abusos de autoridad: Lo que estamos reclamando en relación con ellos, es que se adelante un estudio concienzudo, minucioso, detallado y serio, que permita llegar, si es del caso, a la conclusión de que tales conductas deben ser desacriminadas o despenalizadas, sea por cambio de ordenamiento jurídico, sea por cambio de sanción; o a que, de otra parte, lo que debe hacerse es incrementar el nivel punitivo que tales figuras actualmente presentan. Pero en uno u otro caso, la determinación que finalmente se adopte, por parte del legislador, debe estar apoyada en esos imprescindibles estudios dogmáticos que debe adelantar tanto la doctrina como la jurisprudencia.

1.3. LA CONDUCTA.

La conducta ejecutiva propia de este tipo penal consiste, básicamente, en revelar esa información, contenida en un documento o constitutiva de noticia (según las

precisiones que preceden). Sin embargo, justo es reconocer que esa revelación amerita dos consideraciones adicionales, referidas a sendos elementos de carácter descriptivo modal: El primero, que esa revelación debe ser indebida; y el segundo, que esa información (documento, noticia), debía ser por el agente mantenido en secreto o reserva (punto ese en donde deberemos revisar si ese deber de cuidado de la reserva, alcanza o no para poder exigir una responsabilidad penal a título de culpa, tal como lo hacía el Código Penal colombiano de 1936, tanto como el Código Penal italiano de 1930, actualmente vigente). Veamos:

1.3.1. *EL VERBO RECTOR: DAR A CONOCER.*

Dar a conocer quiere decir revelar, hacer salir de la esfera de reserva el contenido de una determinada información, que hasta ese momento era desconocida, para que otras personas se enteren de la misma.

Revelar, dice el DICCIONARIO DE LA LENGUA[686] es "descubrir o manifestar lo ignorado o secreto". Y si ello es así, como en verdad se tiene que lo es, podemos decir que existe un presupuesto fundamental para que una persona pueda revelar un secreto o, dicho de otra manera, una información que debía ser mantenida bajo reserva: Que esa persona tuviese previo conocimiento de esa información, esto es, que su falta no hubiese consistido en usurpar el conocimiento de la información, sino en revelar la información que ya se poseía (lo cual, ciertamente, resulta ser bastante diferente).

Tal distinción viene a colación por varias consideraciones que hemos de formular aquí, en orden a la clarificación de este elemento del tipo penal que revisamos: La primera, si es punible, conforme a esta norma, la hipótesis en que una persona invade la esfera de intimidad, de seguridad o de propiedad de otra, para luego revelar tal información. La segunda, si es o no necesario, a efectos de la estructuración de una conducta como típica, dentro de los moldes del artículo 154 del Código Penal, que se produzca perjuicio para el titular de la información otrora reservada, con la revelación de la misma. Y la tercera, cómo ha llegado tal información a conocimiento del funcionario, esto es, si debe existir un nexo funcional entre el conocimiento de la información que debía permanecer reservada, y las funciones oficiales del ulterior agente delictual; o si basta, por el contrario, con una vinculación relativa al cargo.

En cualquier caso, puede decirse que esa revelación puede hacerse a una o a varias personas; puede hacerse directamente por el propio agente, o también de manera indirecta, cuando se facilita a terceros (de manera intencional o por descuido), el acceso a los documentos que contienen la información reservada; y, finalmente puede ello materializarse por cualquier medio (ya que la norma no los precisa), de tal suerte que puede ello realizarse a través del empleo de cualquier medio idóneo para transmitir el pensamiento.

---

[686] Real Academia Española. *Op. Cit.* Tomo II. 21a. ed. Pág. 1792.

1.3.1.1. *LA FORMA COMPORTAMENTAL EXIGIDA.*

Dispone la norma que analizamos, que se sanciona con base en ella al servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, por manera que todo parece indicar que, previamente, y en razón de sus cualificaciones de personaje vinculado a la administración pública, esa persona ha tenido conocimiento de la información que debía ser mantenida en reserva, pues a esa conclusión debe arribarse cuando se examina que debe tener él, según el tipo penal, un deber legal de mantener tal información en reserva, lo que significa que ella le llegó por vía lícita, normal, corriente, en una palabra, en atención a sus calidades o funciones (según habrá ello de dilucidarse más adelante), de servidor público.

Lo expuesto traduce, indefectiblemente, que no se está aquí aludiendo al caso de quien usurpa la información, vale decir, que interceptando las comunicaciones de su titular, allanando la morada del interesado en el mantenimiento del secreto, requisando ilegal y/o indebidamente los documentos o pertenencias del interesado, entra en posesión de la información y luego la revisa, pues que, en tales casos, no tendría él deber legal (y ni siquiera moral) alguno, de preservar tal reserva: En esos eventos, entonces, lo que habría de sancionarse sería el atentado directo contra la intimidad, la seguridad o la propiedad de esa persona, materializado por el agente delictual, pues que sería ese el bien jurídico respectivamente lesionado u ofendido en tales hipótesis, y no la administración pública, en cuanto tal. Obviamente, tal conducta, que se enmarcaría en los linderos de una contravención de policía conforme a los ordinales 2 a 5 de la ley 23 de 1991 (en los cuales se sanciona como contravención el hecho de que una persona se aplique o dedique a averiguar datos o informaciones atinentes a la esfera íntima de una persona), o del propio Código Penal (de tratarse, por ejemplo, de una violación a la reserva industrial), o de estatutos penales especiales (como acontecería de materializarse un desconocimiento a la propiedad intelectual: ley 23 de 1982 y Ley 44 de 1993, en el caso de los derechos de autor; decreto 1360 de 1993, en el caso del denominado hurto de software; etc.), podría verse agravada conforme a la circunstancia genérica de agravación punitiva establecida en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal.

Esta conclusión deriva, ni más ni menos, de la naturaleza de tipo penal genérico y subsidiario que observa el que contiene el artículo 154 del Código Penal, toda vez que su aplicación está condicionada al evento de que el hecho, o mejor, la conducta patentizada, no esté previsto como punible en otra norma, de tal manera que ante una eventual concurrencia de tipos penales (entre el artículo 154 y otros como el 119, el 238 y el 288, anteriormente invocados), tendrá que decirse que es ese un concurso meramente aparente que se resuelve con base en los principios de especialidad y subsidiariedad[687].

---

[687] En el mismo sentido: **Bernal Pinzón**, *Op. Cit.* Pág. 187; **Ortiz Rodríguez**, *Op. Cit.* Pág. 135.

Esta distinción, por lo demás, no es fruto del peculio intelectual del autor de esta obra, como que ella aparece recogida en el inciso tercero del artículo 326 del Código Penal italiano actualmente vigente, de donde finalmente fuese copiado el texto de los artículos correspondientes de los Códigos Penales nacionales de 1936 y, más recientemente, de 1980. En efecto, tal inciso dispone:

> "El funcionario oficial o la persona encargada de un servicio público, que, para procurarse a sí o a otro un beneficio patrimonial indebido, **se apropie ilegítimamente de noticia oficial**, la cual deba permanecer secreta, es sancionado con reclusión de dos a cinco años. Si el hecho es cometido a fin de procurarse a sí o a otro un provecho injusto no patrimonial o de ocasionar a otro un daño injusto, se aplica la pena de la reclusión fija de dos años".

Como se ve, no sólo debe sancionarse el hecho de que el servidor público revele la información que le fue suministrada, sino que también debe sancionarse el hecho de que ese mismo servidor, abusando de su cargo o de sus funciones, se procure alguna información originalmente reservada, como, de hecho, se hace en otras formas delictuales: En tal sentido, conveniente en grado sumo, a nuestro modo de ver, resultaría el acogimiento en nuestro medio de una disposición similar a la contenida en el inciso tercero del artículo 326 del Código Penal italiano, en el entendido de que no solamente se trata de conductas ontológicamente diversas, sino axiológicamente diferentes, que deben ameritar, cada una por su lado, su correspondiente sanción (si de lo que se trata es de sancionar estas formas de abuso de autoridad).

1.3.1.2. *LA NECESIDAD DE MATERIALIZACIÓN DE UN PERJUICIO.*

En segundo lugar, se discute si es menester o no, de cara a la estructuración de esta figura delictual, que se produzca, que se irrogue perjuicio a alguien, bien sea a la misma administración o a un tercero, con la patentización de esta conducta.

En tal sentido, recordando que el inciso segundo de la disposición a la que nos venimos refiriendo, establece una circunstancia específica de agravación punitiva para el evento en el que resultare perjuicio, con lo cual estaría resuelta tal inquietud, en cuanto hace con la estructuración de la conducta prevista en el inciso primero de la norma (que, por tanto, no requeriría de la producción de tal perjuicio para la configuración de una conducta como típica, con arreglo a tal apartado), podemos y debemos nosotros acudir a las enseñanzas de GRISPIGNI[688], quien al comentar la calidad de la conducta descrita en cada tipo penal, distingue entre aquellas conductas que están constituidas o integradas por actos materiales, de aquellas que están compuestas por conductas con contenido sicológico, es decir, aquellas formas de conducta delictiva que consisten en la manifestación de un hecho síquico.

---

[688] Citado por Bernal Pinzón. *Op. Cit.* Págs. 182-184.

Si bien tanto las unas como las otras consisten en un acto de voluntad (presupuesto básico y necesario de todo delito), es lo cierto que en las segundas ese acto de voluntad constituye apenas un medio para manifestar un hecho síquico, lo cual explica por qué mientras, generalmente, los actos materiales, con su sola existencia, realizan el modelo legal del delito, en cambio los actos con contenido sicológico, por su misma naturaleza, requieren, si no la efectiva percepción por parte de los terceros, por lo menos la posibilidad de tal percepción, ya que, de lo contrario, serían inocuos y no habría motivo para su punibilidad. De allí, entonces, que en estos delitos de conducta con contenido sicológico, el acto que consuma la infracción está constituido por la modificación de la siquis de la otra persona, en nuestro caso, de la persona a quien se revela el hecho.

En tal sentido, el hecho síquico que se manifiesta -continúa GRISPIGNI- puede tener incidencia tanto en la esfera del conocimiento, como en la del sentimiento y, también, en la de la voluntad: Ejemplo de los segundos (que afectan el sentimiento) podría ser la calumnia o la injuria, los que ofenden el sentimiento del pudor, o el sentimiento religioso o la piedad, o el sentimiento patriótico o nacional. Ejemplo de los últimos (de los que afectan la voluntad), son todos aquellos en los cuales la conducta ejecutiva consiste en la eliminación de la voluntad o simplemente en la influencia que se ejerce sobre la misma, con el fin de obtener del sujeto pasivo determinadas concesiones o efectos, como acontece en la extorsión, la estafa y los delitos contra la autonomía personal.

En cuanto a los delitos que influyen en la esfera del conocimiento, tiénese -dice el autor al que nos venimos refiriendo- que "existen acciones que son punibles en cuanto hayan sido percibidas (vistas u oídas), por terceros, o solamente cuando exista el peligro concreto o presunto de que sean percibidas. Existe también una serie de actos punibles, importantes por su influencia sobre la esfera del conocimiento en cuanto hace conocer a otros alguna cosa. La razón de la punibilidad de tales actos puede ser diversa: En primer término, puede depender del hecho de que aquello que se hace conocer de otros debería haber permanecido en secreto; es decir, que la acción consiste en revelar. Se tienen entonces los delitos de revelación de secretos".

De esta guisa, cuando de la revelación de secretos se trata, se parte, en abstracto, de dos supuestos:

- El primero, que no es necesario para su configuración que el asunto revelado, efectivamente sea comprendido, asimilado o, cuando menos, percibido, por el destinatario de tal revelación: Basta, como dice GRISPIGNI, con la posibilidad (peligro) concreto o presunto de que tales revelaciones sean percibidas, sin que sea necesario o indispensable que efectivamente lo sean. De ahí, entonces, que en una primera conclusión podamos nosotros decir que, ontológicamente, la revelación de secretos no requiere, siquiera, de la percepción, asimilación o comprensión de la revelación de una información, que primigeniamente se consideraba debía permanecer como reservada, para que la figura delictiva en comento se estructure: Así,

no es necesario que se produzca tal forma de perjuicio, si se tiene en cuenta, como coincide en señalarlo la doctrina nacional, es este un tipo penal de peligro[689], pudiéndose contemplar esa eventual percepción, asimilación o comprensión de la información suministrada como un perjuicio, entendiendo que este último podría ser de cualquier orden, no solamente económico (material), sino también moral.

- Y el segundo, que no es necesario, tampoco (porque ni siquiera así lo exige la norma), que se produzca un perjuicio de contenido patrimonial con la revelación de tal secreto, pues que basta con la posibilidad (peligro, como dice GRISPIGNI), de que tal perjuicio se ocasione. Evidentemente, dos connotaciones adicionales amerita esta observación: La primera, que, como lo establece la norma, de producirse tal perjuicio, la sanción imponible no será ya la del inciso primero, sino la del inciso segundo del artículo 154 que nos ocupa; y la segunda, que desde el momento mismo en que la norma no lo establece ni clarifica, puede predicarse que ese perjuicio puede haberle sido ocasionado tanto a la Administración (que de esa forma pasaría a observar la doble calidad de sujeto pasivo y de perjudicado), como a un particular (quien era finalmente, por ejemplo, el titular del asunto que ameritaba, exigía o imponía reserva)[690].

1.3.1.3. *LA VÍA DE OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN RESERVADA.*

Nos preguntamos ahora, cuál o cómo ha debido ser la vinculación del servidor público con la información que debía mantenerse en reserva, esto es, cómo ha llegado tal información a conocimiento del funcionario: si debe existir un nexo funcional entre el conocimiento de la información que debía permanecer reservada, y las funciones oficiales del ulterior agente delictual; o si basta, por el contrario, con una vinculación relativa al cargo.

Mientras PACHECO OSORIO[691] sostiene que "la ley no exige que el documento o noticia haya sido conocido por el empleado público en el ejercicio de sus funciones. Basta que esté obligado a mantenerlos en secreto o reserva, aunque hayan llegado a su conocimiento por razones ajenas al ejercicio del cargo"; PÉREZ[692] postula que "no se trata de documentos o noticias entregados o difundidos por razón de las funciones, sino, concretamente, por tratarse de un agente de la autoridad pública", llegando al extremo de sostener que "la violación de la reserva compromete a todo empleado, aún a quienes incidentalmente se enteraron del documento o de la noticia. Basta que se haya recomendado el silencio sobre el particular, si la ley o el reglamento no han determinado por vía general el secreto o la

---

[689] Así: **Pérez**, *Op. Cit.* pág. 309; **Arenas**, *Op. Cit*, pág. 79; **Bernal Pinzón**, *Op. Cit.* pág. 192; **Gómez Méndez**, *Op. Cit.* pág. 136.

[690] En el mismo sentido: **Pérez, Luis Carlos**, *Op. Cit.* Pág. 310.

[691] Citado por **Bernal Pinzón**, *Op. Cit.* Pág. 188.

[692] **Pérez, Luis Carlos**, *Op. Cit.* Págs. 308-309.

reserva". A su turno, y de manera bastante sintética, GÓMEZ MÉNDEZ[693] plantea que tanto el documento como la noticia, "deben referirse a aspectos relativos al ejercicio de la función pública"; y, por último, a nivel nacional, BERNAL PINZÓN[694] comentando el Código Penal de 1936, que contemplaba una conducta bastante similar a la actual, sostenía que "las noticias o documentos a que se refiere el artículo 173 deben haber llegado al conocimiento del funcionario, no en ejercicio de la función, pero sí en razón de su cargo; o mejor, durante el tiempo que el agente estuvo vinculado a la administración pública", a tiempo que con miras a sustentar su criterio, agrega:

> "...cuando el legislador ha querido vincular un delito al ejercicio de la función pública, lo ha dicho expresamente; entendiéndose, por tanto, que en aquellas infracciones donde no vinculó la conducta al ejercicio de la función el delito puede cometerse independientemente de ese ejercicio: ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit".

A nuestro modo de ver, la situación debe resolverse en otro frente: Si, por ejemplo, al médico no se le sanciona penalmente por la inobservancia del deber genérico de cuidado de todo paciente, sino por la infracción del deber específico y concreto de cuidado de su paciente; hemos de decir que igual debe suceder en relación con el asunto sometido a reserva, que es conocido por un servidor público: Puede exigírsele responsabilidad penal a aquel servidor público que tenía el deber específico y concreto de preservar tal información bajo reserva, y no a todo servidor, en abstracto.

De esta manera, concluimos nosotros que, la información sometida a reserva a la cual alude la norma, ha de ser aquella que el funcionario ha conocido por razón de sus funciones, y no solamente de su cargo, se repite, en atención a que si bien es cierto que todo servidor público tiene un deber de lealtad y de fidelidad para con la administración, el mismo que le impone una especial reserva en el manejo de las informaciones que han sido por él conocidas bajo tal condición, no es menos cierto que ello no nos habilita para deducir responsabilidad penal a aquel funcionario que, por mera razón de su cargo, ha tenido acceso a tal información reservada, que sí al que la ha obtenido de manera funcional.

Realmente, no podemos nosotros desconocer que el ideal sería el propuesto por algún sector doctrinal, en el sentido de que la mera vinculación al cargo, le impusiera al servidor público la más estricta reserva "sobre todos los asuntos oficiales" de los cuales tuviese conocimiento, de tal manera que, en el evento de revelar tal información, incurriere en responsabilidad penal: Empero, del hecho de que eso sea lo deseable, no se sigue que sea lo efectivo, como que, desde nuestro punto de vista, la redacción que actualmente observa la norma no exige tales compromisos ni impone tales exigencias. A conclusión diferente, obviamente, se llegaría si la norma clarificara que la información que debe mantenerse en reserva, ha debido o

---

[693] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 135.

[694] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 188-189.

podido ser obtenida por razón del cargo: Pero mientras no lo diga así expresamente, creemos que debe estarse a la tesis de que esa información, debió haber sido obtenida por el servidor, en razón de sus funciones (entre otras cosas, atendiendo al objeto jurídico propio de este tipo penal).

1.3.2. *LOS ELEMENTOS DESCRIPTIVOS MODALES DEL TIPO.*

Decíamos anteriormente, que esa conducta ejecutiva de este tipo penal, representada en el verbo revelar, debía ir acompañada de dos elementos descriptivos modales, a saber: El primero, que esa revelación debe ser indebida; y el segundo, que esa información (documento, noticia), debía ser por el agente mantenido en secreto o reserva (punto ese en donde deberemos revisar si ese deber de cuidado de la reserva, alcanza o no para poder exigir una responsabilidad penal a título de culpa, tal como lo hacía el Código Penal colombiano de 1936, tanto como el Código Penal italiano de 1930, actualmente vigente). Veamos:

1.3.2.1. *LO INDEBIDO EN LA REVELACIÓN.*

Que la revelación sea indebida quiere decir que se haga sin facultad legal o reglamentaria, sin autorización de quien tiene capacidad para otorgarla. Pero lo indebido deriva también de la inoportunidad en que se realiza esa conducta, y esa inoportunidad, a su vez, puede provenir del tiempo y del lugar en que se actúa[695], lo que quiere decir, en otro sentido, que hay revelaciones que sí son debidas, esto es, permitidas, autorizadas por la misma ley y/o circunstancias especiales.

Esto nos permite afirmar que se trata de una norma penal en blanco, en la medida en que nos remite a otros ordenamientos jurídicos en orden a establecer cuándo son o no debidas tales revelaciones: Y así, por ejemplo, tiénese que si bien la etapa de instrucción, dentro del proceso penal, es reservada, bien puede acontecer que se expida copias de ella, cuando las solicite "una autoridad competente para investigar y conocer de procesos judiciales, administrativos o disciplinarios" (art. 331, C.P.P.).

En otro frente, podría decirse que teniendo carácter de reservado "las informaciones que reposen en los archivos de la registraduría referentes a la identidad de las personas, como son sus datos biográficos, su filiación y fórmula dactiloscópica", es lo cierto que puede hacerse uso de ella (como frecuentemente se hace dentro de los procesos penales, cuando es requerida la tarjeta decadactilar de un procesado), "por orden de autoridad competente", según lo dispone el artículo 213 del Decreto 2241 de 1986. O el caso de los médicos, que si bien han de guardar el correspondiente sigilo profesional (lo que también cubriría a los denominados médicos oficiales), sobre la base de lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución Nacional y los artículos 37 y 38 de la ley 23 de 1981 (Normas sobre Etica Médi-

---

[695] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 308-309.

ca), bien pueden revelar tales secretos "a las autoridades judiciales o de higiene", sin que en ninguno de esos casos pueda decirse que ha habido una revelación indebida, desde el momento mismo en que ella se encuentra dispuesta, habilitada y legitimada por la misma ley.

1.3.2.2. *EL DEBER DE RESERVA.*

El segundo elemento normativo-descriptivo que contempla esta norma, hace referencia al hecho de que esa información revelada de manera indebida por parte del agente delictual, debía permanecer en reserva, lo que nuevamente demuestra el acogimiento legislativo del mecanismo de la norma penal en-blanco, a fin de solucionar por tal vía, problemas de tipicidad propios del ámbito penal: Indiscutiblemente, en orden a establecer qué es lo que debe permanecer en reserva, habremos nosotros de acudir a la ley, al reglamento, a la circular, para determinar qué nivel de deber de reserva pesaba sobre el agente (siendo ese, precisamente, el argumento sobre el cual afincábamos nuestra tesis de que es menester un deber específico de reserva, lo que apunta al nexo funcional entre el agente y el secreto, descartando el vínculo meramente ocupacional).

Dice la doctrina nacional, encabezada por BERNAL PINZÓN[696], que ese deber de reserva puede provenir directamente de la ley, como acontecería en los ejemplos por nosotros al respecto anteriormente propuestos, "o de una orden legítima, o de la costumbre, etc.". Y PÉREZ[697] agrega que, inclusive, "basta que se haya recomendado el silencio sobre el particular, si la ley o el reglamento no han determinado por vía general el secreto o la reserva".

Nos parece que es esa una interpretación demasiado amplia de la ley, si se tiene en cuenta que, como dice el propio BERNAL PINZÓN[698], "tanto el documento como la noticia que se deben mantener en secreto han de referirse a situaciones que interesan al Estado o a otro ente público al cual el funcionario está adscrito, puesto que si el secreto se refiere, no a ese interés público, que ampara la norma, sino a uno privado, su revelación podrá dar lugar a otro delito": Es que si el Estado, a través de la administración, quiere o necesita que alguna información permanezca sometida a reserva, así debe ello haberse indicado expresamente en la ley, entendido este último concepto en sentido amplio (abarcando, como se ha dicho, el reglamento o la circular). Pero de ahí a sostener que basta con la costumbre o con la recomendación de mantener tal reserva, nos parece que hay un gran salto: Qué seguridad jurídica se estaría brindando a los destinatarios de la norma, si son ellos los que deben determinar cuáles documentos, noticias y, en general, informaciones, son las que deben ellos mantener en secreto? Hasta qué punto se afectará la posibilidad cognitiva de quien no tiene certeza acerca de cuá-

---

[696] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 190.

[697] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 309.

[698] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 191.

les son las informaciones reservadas, so pena de que su revelación lo haga incurrir en las sanciones previstas en el artículo 154 del Código Penal?

Una hermenéutica normativa como la propuesta para el caso concreto por BERNAL PINZÓN y PÉREZ, podría ser la loable, la deseable, la esperada, a saber, que el servidor público guarde reserva sobre todo lo que ha conocido por razón de su cargo o de sus funciones: Pero eso está muy bien para el campo administrativo y/o disciplinario, mas no para el penal, terreno este donde se deben proteger bienes jurídicos y, por ente, valores sociales de alcurnia, de trascendencia. Sancionar penalmente a un servidor que ha dado a conocer situaciones nimias, intrascendentes, de menor entidad, llevaría a la práctica separación de la Administración con la sociedad, porque los servidores se abstendrían, incluso, de conceder las más nimias o genéricas declaraciones a la prensa, en relación con los asuntos que se tramitan, gestionan o impulsan en sus respectivos despachos, ante el temor de incurrir en la figura delictual que comentamos.

Si el derecho penal, como lo hemos indicado ya en otras oportunidades dentro de esta misma obra, debe observar el carácter de fragmentario y de última ratio, entonces debe ocuparse y preocuparse por la regulación y sanción de conductas con las cuales, de manera real y efectiva, se pueda lesionar o poner en peligro la administración pública, sea en su buena marcha, en su buen nombre, en su buena imagen, etc.. Y si ello es así, como en realidad creemos que lo es, debe y tiene que decirse que la reserva que debe ser por la ley penal aquí tutelada, es aquella que recaiga sobre informaciones de trascendencia, de entidad, de significación para la administración pública, y no cualquier dato o noticia relativa a cómo es que viene trabajando un determinado despacho, qué agenda de actividades tiene para el futuro inmediato, cuáles son sus proyectos a largo plazo, etc..

Por esa vía, en conclusión, se llega a la idea de que tales informaciones, las trascendentales, las importantes, las dignas de tutela penal, deben estar expresamente indicadas y relacionadas en la ley, entendida en sentido material, so pena de desdibujar no sólo el sentido de esta disposición, sino la de todo el derecho penal en general: Creemos, pues, que no basta con que la costumbre o una mera recomendación puedan servir de base para sostener que una determinada información debía permanecer en reserva y que, del hecho de que un específico servidor público haya desconocido tal costumbre o recomendación, haya ya base o fundamento para deducir responsabilidad penal en su disfavor, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 154 del Código Penal, si bien, en el momento actual, podrían serlo con miras a deducir responsabilidad administrativa y/o disciplinaria al agente delictual.

En una palabra, ese deber de reserva, según la expresión por nosotros acuñada, debe ser específico, y no genérico, como que tal obligación debe ser conocida en concreto por cada funcionario público, que debe saber con claridad y exactitud, qué tipo de informaciones son las que deben permanecer en reserva, y hasta dónde llega su responsabilidad en relación con las mismas: Es, precisamente, este último criterio el que nos habilita para censurar al legislador colombiano de 1980, por

haber eliminado el tipo penal culposo, que en nuestro sentir, debiera seguir vigente.

En efecto, si el deber de reserva debe (tiene) que ser específico, de tal manera que cada servidor público, por vía legal (en sentido material), debe conocer (saber), cuáles son las informaciones a su cargo que deben (tienen) que permanecer cubiertas por el manto del secreto, no solamente puede decirse que la infracción a tal deber puede configurar responsabilidad penal en disfavor suyo por una violación de secretos, en los términos indicados por el defectuosamente redactado artículo 154 del Código Penal (al que evidentemente habrían de introducirse algunas modificaciones y precisiones), sino que nos habilitaría para propugnar por la reimplantación de la forma culposa del tipo que se examina, como que pesaría sobre el servidor no sólo la obligación de no revelar tales informaciones, sino de custodiarlas con celo, de tal manera que la infracción a tal deber de cuidado, podría significar la deducción de responsabilidad penal a título de culpa, tal como lo hacía el Código Penal Colombiano de 1936, o lo hace el Código Penal italiano de 1930, actualmente vigente.

De allí, entonces, que optemos nosotros por acoger el criterio presentado por MANZINI[699], según el cual "debe permanecer en secreto todo aquello que ha sido declarado tal por una norma jurídica y todo aquello en que la reserva puede servir o la revelación causar perjuicio, siempre que se trate de intereses legítimos".

En todo caso, ejemplos adicionales de informaciones que por mandato legal deben permanecer en reserva, serían:

- El caso de las actuaciones judiciales o administrativas adelantadas en relación con un menor de edad, respecto de las cuales, según lo dispuesto en el artículo 174 del decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), no puede siquiera "expedirse certificaciones de las diligencias practicadas durante el proceso"; o,

- De otro lado, pero en el mismo sentido, el caso que se plantea en relación con los miembros de las juntas o consejos de entidades descentralizadas, que tienen la obligación de mantener el secreto sobre documentos o noticias relacionadas con tal cargo, según lo dispuesto en el artículo 18 del decreto 128 de 1976 (Estatuto de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas).

2. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

2.1. FORMAS IMPERFECTAS.

Antes de aclarar si este tipo penal admite o no la forma imperfecta de la tentativa, consideramos del caso esclarecer dos situaciones:

---

[699] Citado por Bernal Pinzón. *Op. Cit.* Pág. 191.

- La primera, que el artículo que nos ocupa contempla dos incisos, en el segundo de los cuales se requiere de la producción de un resultado (la causación de un perjuicio), lo que no es rigurosamente exigido en el primero, si bien BERNAL PINZÓN[700] sostiene que el resultado de esa forma delictual "está constituido por el conocimiento de las noticias o documentos por parte de terceras personas", de tal manera que se trata "de un resultado de naturaleza síquica, en cuanto atañe a la esfera del conocimiento que viene modificado por la adquisición del contenido del documento o noticia".

Sin embargo, no deja de ser esta una posición que, aparte de que no es por nosotros compartida, no deja de aparecer como contradictoria en el mismo BERNAL PINZÓN, que en páginas precedentes, con apoyo en GRISPIGNI, había propuesto que era este un delito de peligro, en la medida en que no era necesario que se obtuviese un daño real, efectivo para la administración, como que no era siquiera necesario que el destinatario de tal revelación hubiese percibido, asimilado o comprendido la información que le era así suministrada: Si basta con que el agente revele la información, independientemente de que el destinatario de la misma la asimile o comprenda mentalmente, no creemos nosotros que sea necesario, siquiera, ese resultado síquico en cabeza del destinatario de la información, como que, a nuestro entender, no lo exige así la norma (como sí se hace en el inciso segundo del artículo 238 del Código Penal).

- Y la segunda, íntimamente vinculada con la anterior, que mientras el inciso primero contempla un delito de mera conducta, el segundo encierra un delito de resultado.

Contando, pues, con tales precisiones, creemos nosotros estar habilitados para proponer que es este un tipo penal que, en atención al verbo rector (dar a conocer), admite la forma imperfecta de la tentativa, independientemente de que se ocasione o no perjuicio: Desde el momento mismo en que se comprende que la conducta ejecutiva consiste en dar a conocer, revelar una información, puede decirse que se trata de una acción que puede ser fraccionada en varios momentos, en cualquiera de los cuales puede verse impedida la materialización del designio criminoso del agente, por circunstancias ajenas a su voluntad, sin que sea dable confundir, se repite, el momento consumativo de esta figura delictual, con el de la causación del perjuicio.

Más allá todavía, siendo estrictos, la reglamentación contenida en el inciso segundo del artículo que nos ocupa, parte del supuesto de que la conducta prevista en el inciso primero se consumó: el destinatario de la información no sólo la percibió y asimiló, sino que la comprendió y la puso a "producir" perjudicando con ello al titular de la información que se quería mantener en reserva. Ello nos permite, entonces, establecer que no solamente en esta segunda hipótesis pueden pre-

[700] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 191.

sentarse formas imperfectas, sino también en el primero, cuando la intención reveladora del agente se ve truncada por circunstancias ajenas a su voluntad.

2.2. CONCURSO DE TIPOS PENALES.

Para esta altura de la exposición, creemos que debe ser claro ya que entre el tipo penal contenido en el artículo 154 (violación de reserva) y los contemplados en los artículos 119 (espionaje) y 238 (violación de reserva industrial), se presenta un simple concurso aparente que se resuelve por el principio de especialidad, toda vez que estos últimos resultan ser realmente específicos, en comparación con el que aquí venimos trabajando, no sólo por la calidad del agente de la infracción, sino por el contenido de la información que se está revelando de manera indebida.

Igualmente, que tampoco se presenta un concurso efectivo de tipos penales, entre la violación de reserva de que trata el artículo 154 del Código Penal, y la divulgación y empleo de documentos reservados que consagra el artículo 289 ejusdem, por la sencilla razón de que este último artículo, de manera expresa, excluye tal posibilidad, al disponer que el mismo podrá ser aplicado "siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor", de donde se infiere que este aparente concurso de tipos se resuelve por el principio de la subsidiariedad: Sólo cuando la revelación de secretos no encaje dentro de otro tipo penal, podría presentarse la aplicación, en o para un caso concreto, de la norma plasmada en el artículo 289 del Código Penal (que, por cierto, y según lo anteriormente expuesto, aparece como mucho más técnicamente redactado que el contenido en el artículo 154 del cual nos hemos venido ocupando).

Con el que sí podría llegar a presentarse un concurso efectivo de tipos penales, sería con el cohecho, cuando la revelación de la información se ha verificado atendiendo al pago de dinero o la aceptación de una promesa, que el servidor público ha recibido o formulado (respectivamente) a un tercero interesado en conocer el contenido de tal información.

De igual manera, en el caso concreto del médico (oficial) que revela alguna información relacionada con su paciente, o el empleado judicial que revela el contenido del sumario, podrían concurrir las acciones penal y disciplinaria que sancionan tal conducta, en la medida en que no se estaría afectando el principio del "*non bis in idem*", al no haber identidad de causa en esos dos procedimientos: En el primer caso, con base en los artículos 34 y subsiguientes de la Ley 23 de 1981; y en el segundo, con base en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal actualmente vigente (decreto 2700 de 1991).

3. EVALUACIÓN GENERAL DEL TIPO.

Luego de presentadas estas consideraciones, creemos nosotros que bastaría con decir, en relación con este tipo penal, que pudiendo ser necesaria su conservación dentro del Código Penal (con lo que descartamos cualquier posibilidad de desacri-

minación y/o de despenalización por cambio de ordenamiento jurídico), en la medida en que no deja de ser bastante grave el atentado que a los particulares y a la administración misma se le ocasiona con la materialización del comportamiento delictual aquí previsto, el mismo se encuentra en mora de ser reestructurado (por no decir que redefinido), por parte del legislador: No tanto por el hecho de acudirse en el mismo al mecanismo de la norma penal en blanco (que atentando contra el principio de determinación, no deja de ser de imprescindible utilización aquí), sino por el hecho de ser un tipo penal abierto (en demasía), y, particularmente, por contemplar una redacción que deja muchos vacíos y se presta a innumerables confusiones y tergiversaciones. somos del parecer que el mismo debe ser reformado, siendo ese el motivo que nos ha animado a presentar las críticas y sugerencias anteriormente formuladas y propuestas.

Evidentemente, planteadas como lo están las cosas desde el punto de vista de la pena imponible ante la eventual materialización de esta figura delictual, nada obstaría, tampoco, para que pudiera predicarse la despenalización por cambio de ordenamiento jurídico para la misma, a fin de que, continuando con su carácter ilícito, pasare a ser sancionada en un ordenamiento jurídico diferente, como bien podría serlo el administrativo-disciplinario.

CAPÍTULO QUINTO

UTILIZACIÓN DE ASUNTO SOMETIDO A RESERVA

Por razón de las modificaciones introducidas por los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1995, el artículo 155 del Código Penal, consagratorio de la utilización de asunto sometido a reserva, presenta el siguiente contenido literal:

> "El [servidor público] que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o datos 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 entre diez (10) y cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes] e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término, siempre que el hecho no constituya otro delito".

0. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

La disposición que acaba de transcribirse encuentra su antecedente legislativo inmediato en el artículo 176 del Código Penal colombiano de 1936, en razón del cual se disponía que:

> "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 cargo o servicio, y que deban permanecer en secreto, incurrirá en multa de cincuenta a mil pesos y en arresto de dos meses a tres años".

Y ese artículo 176 del Código Penal colombiano de 1936, a su vez, tenía su antecedente inmediato en el artículo 325 del Código Penal italiano de 1930, que observa el siguiente tenor literal:

> "El funcionario público o el encargado de un servicio público, que utiliza, en beneficio propio o de otro, invención o descubrimiento científico, o nueva aplicación industrial, que haya conocido por razón del oficio o servicio, y que deban permanecer secretos, es sancionado con la reclusión de uno a cinco años y con multa no inferior a un millón de liras".

De ese recuento normativo, podemos nosotros extraer dos conclusiones fundamentales:

En primer lugar, que la norma contemplada en el Código Penal colombiano de 1936, era copia casi que textual de su homóloga del Código Penal italiano de 1930, al punto de contemplar el mismo objeto material (invenciones, descubrimientos científicos y nuevas aplicaciones industriales);

Y en segundo lugar, que hubo sí una profunda modificación (pues que no nos atreveríamos nosotros a calificarlo de avance), entre la norma pertinente del Código Penal colombiano de 1936, y su homólogo de 1980 -con las modificaciones a este último introducidas por el denominado Estatuto Anticorrupción-, comprensiva de aspectos como los siguientes:

- La primera, que se tecnificó (eso sí habría de reconocerse), el sujeto activo de la infracción, pues que en vez de hablarse de "funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público", se pasó a la más sintética pero significativa noción de servidor público, con los contenidos y alcances que ahora dispensa a la misma el artículo 63 del Código (modificado, como se sabe, por el artículo 18 de la pluricitada ley 190 de 1995);

- La segunda, que hubo una significativa variación en la descripción del objeto material de la infracción, toda vez que mientras el Código derogado se refería a inventos, descubrimientos o nuevas aplicaciones industriales (siguiendo en ello al Código Penal italiano vigente); el Código actual trató de aparecer como más técnico, al referirse a descubrimientos científicos, u otra información o dato (eliminando la expresa alusión a las invenciones y a las nuevas aplicaciones industriales), en una determinación que, muy posiblemente, no resultó ser la más afortunada, como más adelante habrá de demostrarse;

- La tercera, que mientras el Código de 1936 señala que esas informaciones, en términos generales, debían haber llegado a conocimiento del agente de la infracción por razón de su cargo o servicio (acogiendo las directrices del Código Penal Italiano de 1930); el Código vigente varió sustancialmente tal presupuesto, al señalar que ellas debían haber llegado a su conocimiento por razón de sus funciones (y ya no del cargo);

- La cuarta, que mientras el Código de 1930 establecía el presupuesto de que tales informaciones debieran permanecer en secreto (siguiendo, nuevamente, al Código Penal italiano); el Código vigente quiso ser más amplio (pero no por eso más técnico o preciso), al señalar que ellas debían permanecer en secreto o reserva (en concepto que fuese por nosotros analizado, y criticado, a espacio, al comentar el artículo 154);

- La quinta, que dice referencia a la modificación, con evidentes aumentos punitivos para la sanción privativa de la libertad, tanto como la de carácter pecuniario, a tiempo que, en relación con el Código Penal de 1936, el actual le agrega la interdicción de derechos y funciones públicas;

- Y, finalmente, la sexta, que se verificó una profunda y radical modificación en la naturaleza jurídica del tipo penal en estudio, como que mientras a nivel de la legislación penal italiana y, aún, de la colombiana de 1936, era este un tipo penal

principal; en el Código Penal vigente se contempla ya como un tipo penal subsidiario, en la medida en que sólo tendrá aplicación, a un caso específico, siempre que el hecho no constituya otro delito.

Contando, entonces, con tales precisiones, accedamos al análisis de los elementos genéricos del tipo, aclarando que varias de las consideraciones, argumentaciones y críticas por nosotros presentadas en relación con el artículo 154, tendrán aplicación y vigencia, en relación con la presente disposición, si bien cabe precisar que mientras en el artículo 154 se sanciona la simple divulgación del objeto material (la información reservada), en el artículo 155 se sanciona el provecho que con su utilización obtiene el mismo agente o un tercero.

1. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

1.1. LOS SUJETOS.

Prácticamente toda la teoría por nosotros presentada en relación con el tema de los sujetos a nivel del análisis practicado sobre el artículo 154 del Código, vuelve a tener vigencia y aplicación con respecto a la presente disposición: Por ello, se dice que tanto lo correspondiente al sujeto activo, como al sujeto pasivo, vuelve a tener incidencia de cara a la explicación de este tipo penal, por lo cual a ello remitimos.

Con todo, desde el punto de vista del sujeto pasivo podríamos clarificar un poco la noción, señalando que el mismo se encuentra representado en el Estado, en cuanto titular del bien jurídico administración pública, toda vez que tanto de manera directa (cuando el descubridor del asunto científico ostentaba la calidad de servidor público), como indirecta (cuando sin haber sido la administración la titular del descubrimiento, uno de sus representantes -servidor público- utiliza el secreto que le fue confiado por un particular, en atención a las funciones oficiales de aquel, con lo cual se afecta no sólo la buena imagen y el buen nombre de la administración, sino también, finalmente, su buena marcha, en la medida en que los demás particulares entrarán a perder su confianza en la administración, a la que evaluarán como incapaz de mantener bajo reserva las informaciones que, con visos de secreto, le son confiadas).

Evidentemente, por esta misma vía podría proponerse que un particular, en tanto afectado con la utilización de una determinada información, digna o merecedora de reserva, de la cual era él titular, podría alcanzar la condición de perjudicado con la infracción, pudiendo constituirse entonces en parte civil, dentro del correspondiente proceso penal, con la aspiración de obtener la indemnización de perjuicios pertinentes de parte de su directo ofensor.

1.2. LOS OBJETOS.

Donde sí comienza a existir alguna diferenciación entre los artículos 154 y 155 del Código Penal, es a nivel del análisis de los objetos, como que siendo bastante

diferente lo correspondiente al objeto material, aparece como parcialmente distinto (no totalmente), lo atinente al objeto jurídico:

1.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

El objeto jurídico genérico propio de este tipo penal, está representado por el interés de la administración pública de que permanezcan en secreto las situaciones y cosas que los funcionarios públicos conocen por razón de sus funciones, toda vez que con su utilización indebida (según se explicó ello anteriormente), no sólo se pone en entredicho su buen nombre y su buena imagen, sino, también, la posibilidad de su buena marcha.

Empero, al lado de ese objeto jurídico genérico podríamos situar uno específico, representado en la salvaguarda de la lealtad del servidor en favor de la administración, pues que al haber tenido conocimiento de esas informaciones por razón de sus funciones, y hacer una indebida utilización de las mismas, puede estar comprometiendo (como de hecho lo estará haciendo), la responsabilidad patrimonial de la propia administración, en relación con el particular que resulta perjudicado con tal utilización de esa información, pues que no puede olvidarse que ese particular goza de un derecho o privilegio a beneficiarse del producto de su ingenio o de su suerte.

Por todo lo anterior, podríamos decir con apoyo en ORTIZ RODRÍGUEZ[701] que el presupuesto actual de la norma radica en evitar que los servidores públicos, prevalidos de las funciones que ejercen, se aprovechen de los descubrimientos, informaciones o datos científicos que por razón de tales funciones conocen. Evitando tal actuar, se da seguridad a las personas que por razones legales tienen que hacer conocer esos descubrimientos a los servidores públicos: Evitando ese aprovechamiento, la administración está segura de que no será traicionada.

1.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

Como se ha dicho, el objeto material propio de este tipo penal, consiste, a nivel del Código vigente, en el descubrimiento científico, u otra información o dato y, como se recuerda, en el Código Penal de 1936 (al igual que en el Código Penal italiano de 1930), ese objeto material estaba constituido por inventos, descubrimientos científicos o nuevas aplicaciones industriales.

Será, entonces, que finalmente es idéntico el objeto material que describe el actual artículo 155, en relación con el artículo 176 del Código Penal de 1936? O, de otro lado, en caso de ser diferentes, será que resulta ser más técnica y apropiada la concepción plasmada en la redacción actual de la norma, que en su antecesora?

En orden a responder tales interrogantes, comencemos nosotros por clarificar el contenido, sentido y alcance de tales nociones, para luego, sí, determinar cuál ha

---

[701] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 137.

de ser la redacción de la norma en el apartado correspondiente al objeto material:

1.2.2.1. *EL SIGNIFICADO DE LOS VOCABLOS UTILIZADOS PARA DESCRIBIR EL OBJETO MATERIAL.*

Mientras el Código Penal de 1936 se refería tanto al invento como al descubrimiento científicos, agregando las nuevas aplicaciones industriales, el Código Penal vigente, como ha sido ello puesto de presente, se refiere tan sólo a los descubrimientos científicos, adicionándolo con el de otra información o dato. Será, pues, que tales expresiones idiomáticas denotan el mismo objeto?

1.2.2.1.1. *LA DESCRIPCIÓN DEL OBJETO MATERIAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1936.*

Para comenzar, digamos que, ciertamente, no resulta ser lo mismo un descubrimiento que una invención: Mientras el invento es el hallazgo obtenido a fuerza de ingenio o meditación, o por simple casualidad, de una cosa nueva o desconocida, dice PACHECO OSORIO[702]; el descubrimiento es el hallazgo, encuentro o manifestación de lo que estaba oculto, o secreto, o era desconocido. Por ello, siguiendo a MANZINI[703] podemos decir que mientras el invento ofrece nuevos o más fáciles medios para conseguir un fin, que antes no existían como tales; el descubrimiento sería el hallazgo de cosas o sus propiedades, que si bien ya existían, eran hasta ese entonces desconocidas o estaban ocultas.

A su turno, nueva aplicación industrial son los hallazgos para los cuales un principio científico o técnico ya conocido, puede recibir ulteriores aplicaciones útiles: Evidentemente, ese nuevo procedimiento para hacer las mismas cosas, que antes se hacían de una manera menos efectiva, en cuanto a rapidez y/o costos, debe representar un avance, un rendimiento adicional en el plano económico, "en el sentido de que sea apta para conquistar una nueva fuerza natural o asegurar un mejor empleo de las fuerzas conocidas, o dar a un producto una aplicación diversa que ofrezca nuevas ventajas"[704].

1.2.2.1.2. *LA DESCRIPCIÓN DEL OBJETO MATERIAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1980.*

Ya con referencia al Código Penal colombiano de 1980, digamos que al lado de la expresión descubrimiento científico, se utiliza en él las expresiones "otra información o dato", lo que nos permite trazar las siguientes consideraciones:

---

[702] Citado por **Bernal Pinzón**. *Op. Cit.* Pág. 206.

[703] Ibídem. pág. 206.

[704] Según afortunada expresión de **Saltelli y Romano**, citada por **Bernal Pinzón**, *Op. Cit.* Pág. 206.

- La primera, que por descubrimiento científico la doctrina nacional, encabezada por GÓMEZ MÉNDEZ[705], entiende "algo no conocido en el campo de la ciencia, y de lo cual pueda derivarse algún provecho"; a tiempo que ORTIZ RODRÍGUEZ[706] trata de precisar el concepto señalando que "el descubrimiento científico que es aprovechado por el agente, es el hallazgo de algo que hasta el momento estaba oculto o secreto con base en las leyes o preceptos de una ciencia o arte", ejemplificándolo de la siguiente manera: "Es científico el descubrimiento de un elemento radioactivo. Es científico el descubrimiento de una técnica para elaborar pinturas".

- La segunda, que por razones que no entendemos (por que no fueron debidamente sustentadas o explicadas), algún sector de la doctrina nacional, con ORTIZ RODRÍGUEZ[707] a la cabeza, señala que "la información y el dato a que se refiere el artículo también es de carácter científico", cuando tal cualificación no ha sido introducida ni establecida en la norma: La disposición alude a "descubrimiento científico, u otra información o dato", y no "descubrimiento, información o dato científico", con lo cual sí tendría razón ORTIZ RODRÍGUEZ (pues que, como más adelante habrá ello de ser puesto nuevamente se presente, con la actual redacción, que ciertamente no consulta las loables aspiraciones de ORTIZ RODRÍGUEZ, lo único que ha hecho el legislador nacional es desfigurar por completo la norma, en cuanto a su sentido y objetivos originales).

- Y la tercera, que mientras por información, según el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA[708], debe entenderse, entre otras acepciones, la "acción y efecto de informar o informarse", o la "comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada"; por dato se entiende el "antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de una cosa o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho"[709].

1.2.2.2. *LA REDACCIÓN CONVENIENTE PARA LA DESCRIPCIÓN DEL OBJETO MATERIAL DE LA INFRACCIÓN.*

Sobre la base de todas las aclaraciones que preceden, creemos nosotros poder acceder a la dilucidación de cuál hubiera sido (debiera ser), la redacción que a la norma penal en estudio, debiera haber imprimido el legislador nacional, en aras de determinar, lo más exacta, confiable y precisamente, el contenido del objeto material propio de esta figura delictual.

---

[705] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 137

[706] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 137.

[707] Ibídem, pág. 137.

[708] Real Academia Española. *Diccionario* .... Tomo II. Pág. 1164.

[709] Ibídem, Tomo I. Pág. 663.

Comencemos entonces por decir que cuando el legislador colombiano de 1980, elimina la referencia expresa al invento, para referirse tan sólo al descubrimiento, no puede estar confundiendo el sentido o significado de esos conceptos, que, realmente, no resultan ser sinónimos. Por ello, habría de pensarse que si el legislador colombiano de 1980, entendía la distinción existente entre invento y descubrimiento, al eliminar la referencia expresa al primero, tuvo (al menos así esperamos que haya sido) que aspirar a que el vocablo invento, que era eliminado de la expresa regulación legal, quedase comprendido dentro de la expresión "otra información o dato", lo que, al menos en principio, si bien no parece ser muy adecuado (por lo impreciso), sí resulta ser cierto: Es indiscutible que cuando un invento, esto es, el hallazgo de una nueva propiedad, de una fórmula, de una máquina, en fin, de un medio para la más fácil o factible consecución o logro de un propósito, que hasta ese momento no existía en cuanto tal, le es comunicado a las autoridades oficiales (por ejemplo, para la obtención de su correspondiente registro y/o patente, y, con ello, de la protección legal pertinente), se convierte, para la administración, en una información. Por ello, no puede desconocerse que si bien la expresión invento (que, como se ha visto, no puede ser confundida con la de descubrimiento), es eliminada del entramado de elementos configurantes del tipo penal (en este caso, a nivel del objeto material), no es menos cierto que sigue ella acogida, tácita e implícitamente, cuando el legislador alude a cualquier información o dato.

Empero, como decíamos anteriormente, no deja de ser esa una solución bastante vaga e imprecisa, porque si bien dentro de la noción "información o dato" cabe el concepto de invención, no es menos cierto que también caben toda suerte de conceptos y vocablos colaterales, que sin observar el carácter de invento, descubrimiento o aplicación industrial novedosa (en los términos del Código Penal colombiano de 1936), sí conjugan el carácter de información o dato, con lo cual se tiene una de dos cosas: O, de una parte, que termina la norma protegiendo situaciones o eventos que no aspiraba a tutelar (como que terminaría protegiendo toda información o dato llegados a conocimiento del servidor por razón de sus funciones), con lo que, a nuestro modo de ver, se desnaturalizaría el sentido y propósito de la disposición en comento, al hacerla extensiva a situaciones que la misma no aspiraba ni pretendía (porque no era ese su objetivo) tutelar; o, del otro lado, que si lo que se pretendía era aparecer como muy técnicos, evaluando que el concepto de invento quedaba comprendido dentro del de información, pues entonces se tendría que decir que igualmente debió desaparecer la alusión directa al descubrimiento científico, en la medida en que el mismo, cuando le es transmitido a la administración, por intermedio de un servidor por razón de sus funciones, también se convierte para estos últimos (el servidor y la administración), en información.

Como se ve, pues, o la norma ha sido completamente desnaturalizada (si lo que se quiere ahora proteger con ella es toda clase de informaciones obtenidas por el servidor público por razón de sus funciones), o en ella se evidenció una terrible confusión semántica, al considerar que los vocablos invento y descubrimiento

eran, resultaban ser sinónimos, cuando ciertamente no lo son: Se descubre un planeta, un continente; se inventa una máquina, una fórmula química, un medicamento. No son, pues, vocablos que denoten el mismo objeto ontológico, y, por tanto, no aparecen como sinónimos.

Súmese a lo anterior el hecho de que el Código Penal de 1936 se refería, también, a las nuevas aplicaciones industriales, a las cuales no alude ya el Código vigente, y se encontrará que una nueva falencia descriptiva conjuga la actual legislación: Si la nueva aplicación industrial no es, en cuanto tal, un descubrimiento y ni siquiera un invento, no puede ser sinonimizada con ninguno de esos términos, de un lado; a tiempo que, del otro, su eventual comprensión dentro del vocablo información o dato admitiría las mismas críticas anteriormente formuladas con motivo de la real o supuesta inclusión del invento dentro de la información o dato, pues que, no puede ello perderse de vista, una cosa es el contenido (el invento, el descubrimiento, la nueva aplicación industrial), y otra la forma externa que frente a terceros el mismo observa (para quienes se convierte en información o dato).

Este último punto es el que nos parece digno de una especial atención, en la medida en que todo parece señalar que el legislador ha confundido el contenido del pensamiento, con la forma (información) o vehículo de expresión (dato) que puede asumir el primero, introduciendo una improcedente mixtura ontológica, en la descripción de la conducta que se trata de regular en el artículo 155 del Código Penal: O se entra a proteger toda clase de información que haya llegado a conocimiento del servidor público, por razón de sus funciones, eliminando, inclusive, la remisión al descubrimiento científico (tal como se hizo ya en relación con el invento y con la aplicación industrial novedosa); o se retorna al sentido original de la norma, que alude tanto al invento como al descubrimiento científicos, así como a la aplicación industrial novedosa.

Si algún criterio serio y confiable se quiere tener y/o seguir, en orden a la solución de tal conflicto, creemos que el mismo no puede ser otro que aquel que configura la consideración inherente al objeto jurídico propio de esta figura delictual, que quiere preservar, no sólo el deber de fidelidad y de lealtad de los servidores públicos para con la administración, sino el derecho que tienen los terceros (generalmente particulares), a disfrutar, a gozar, a lucrarse, de los inventos o descubrimientos científicos, así como de las nuevas aplicaciones industriales, que son por ellos desarrollados o hallados: Si tal es la razón de ser de este tipo penal, como en efecto creemos que lo es, el mismo que no aspira, que no pretende (porque no pareciera ser ese su propósito, ya que de hecho no lo es), proteger la intimidad personal de los coasociados (la misma que se protege en otras disposiciones de la misma ley penal), no puede decirse otra cosa que está en mora el legislador de modificar el texto del actual artículo 155 del Código Penal, para retomar los cauces originalmente trazados por sus antecedentes inmediatos (Código Penal colombiano de 1936) y mediatos (Código Penal italiano de 1930).

1.3. LA CONDUCTA.

La conducta ejecutiva propia de esta figura delictual aparece como compuesta, en la medida en que si bien, de manera estricta, consiste en utilizar, no es menos cierto que ello debe compaginarse con tres antecedentes fundamentales e imprescindibles, y un presupuesto esencial: Respecto a los primeros, habrá de decirse, en primer lugar, que tal utilización se haga (efectivamente, y no con la mera intención), en provecho propio o ajeno; en segundo término, que esa información (en sentido general), haya llegado a su conocimiento por razón de sus funciones (con lo que, afortunadamente, se elimina en parte la discusión que en tal sentido se planteaba en relación con el contenido y alcances del artículo 154, anteriormente analizado); y, en tercera instancia, que esa información deba permanecer en secreto o reserva. En relación con el segundo, es presupuesto esencial para la aplicación de esta norma a un caso concreto, que el hecho no constituya otro delito. Veamos:

1.3.1. *EL VERBO RECTOR: UTILIZAR.*

Utilizar, dice el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA[710], es "aprovecharse de una cosa", con lo que, dicho sea de paso, el provecho propio o ajeno con el cual debe realizarse la conducta, según la descripción que de la misma se hace en esta disposición, aparece como algo implícito (con lo que, redundante, si se quiere, resultaría la exigencia que en tal sentido formula el legislador en este tipo penal, a tal respecto).

La utilización se presenta, como dice ORTIZ RODRÍGUEZ[711], cuando el sujeto obtiene algún provecho para sí o para otro del descubrimiento, información o dato. Evidentemente, es esta una expresión muy amplia, puesto que comprende las más diversas formas o especies de conducta activa: Se utiliza tal información no sólo cuando, como tal, se la pone a producir los efectos científicos para los cuales está primigeniamente destinada (se desarrolla la fórmula científica, se elabora la máquina diseñada, se ejecuta el procedimiento industrial), sino cuando, en otro sentido, se emplea para obtener algún lucro inmediato (se vende a un tercero esa información).

En síntesis, cualquiera sea el uso que le dé a esa información el servidor público que ha tenido conocimiento de la misma, por razón o con motivo de sus funciones públicas, diferente al asignado o designado para la misma por la ley o el reglamento, habrá de entenderse que el mismo aparece como punible con sujeción a esta información: De esta manera, cuando una persona lleva una determinada información, constitutiva de un invento, descubrimiento o aplicación científica (dentro de la tesis regresiva que para la ley penal colombiana en este punto proponemos), a la oficina de patentes o de registro pertinente, con miras a obtener el

---

[710] Ibídem. Tomo II. Pág. 2053.

[711] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 137.

reconocimiento oficial indicado y, con ello, la protección legal debida a su derecho de autor, habrá de sancionarse con arreglo a este precepto, al servidor público que le dispense cualquier uso diferente, oficial o extraoficial, a esa información, al directamente relacionado con el registro de tal invento, descubrimiento o aplicación industrial novedosa.

1.3.2. *LOS PRESUPUESTOS NORMATIVOS DE LA CONDUCTA EJECUTIVA.*

Tal como lo decíamos anteriormente, la conducta ejecutiva propia de esta figura delictual aparece representada en el verbo rector que contempla la norma, que no es otro que de utilizar, el cual debe compaginarse, a su vez, para su debida y cabal estructuración, en tanto conducta punible, con tres antecedentes fundamentales e imprescindibles, y con un presupuesto esencial:

Respecto a lo primero, esto es, a los tres antecedentes fundamentales e imprescindibles, podemos decir que ellos son los siguientes: en primer lugar, que tal utilización se haga (efectivamente y no con la mera intención), en provecho propio o ajeno; en segundo término, que esa información (en sentido general), haya llegado a conocimiento del servidor público por razón de sus funciones (con lo que, afortunadamente, decíamos, se elimina en parte la discusión que en tal sentido se planteaba en relación con el contenido y alcances del artículo 154, anteriormente analizado); y, en tercera instancia, que esa información deba permanecer en secreto o reserva.

Sobre lo segundo, tendremos que decir que el presupuesto para la aplicación fáctica de esta disposición a un caso concreto, radica en el hecho de que el hecho no constituya otro delito.

Revisemos entonces cada uno de esos elementos:

1.3.2.1. *LA OBTENCIÓN DE UN PROVECHO PROPIO O AJENO.*

Contrario a lo que en un primer momento pudiera pensarse, no se trata aquí de un elemento subjetivo del tipo, esto es, de una particular intención de ánimo que presida el actuar del agente delictual, sino que estamos aquí en presencia, conforme a la redacción actual de la norma, de un resultado que debe ser obtenido o logrado por parte del agente, no tanto de cara a la estructuración de la conducta en cuanto típica, sino en relación con su consumación: En efecto, cuando el legislador quiere adornar (o, en ocasiones, tornar en absolutamente inaplicable) un determinado tipo penal, le introduce elementos específicos de carácter subjetivo, con la pretensión de sancionar, junto con la conducta básica, una especial intencionalidad de ánimo, en cuyo caso acude a expresiones tales como "con la intención de...", "con el ánimo de...", "con el fin de...(obtener provecho para sí o para otro)".

En esos casos, si el actuar objetivo, material, del agente, no se ha visto acompañado de tal elemento específico del tipo, de carácter subjetivo, el que, por demás, debe encontrarse plenamente acreditado, demostrado, probado dentro del respectivo proceso (por lo que decimos que, por esa vía, en muchas ocasiones se torna en inaplicable un determinado tipo-penal, puesto que no es tarea fácil esa de demostrar o comprobar que el agente de la infracción tenía o conjugaba una específica intención al momento de la materialización de su actuar), tendremos que colegir que la conducta resulta ser atípica.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, y dada la redacción actual del precepto que se revisa, no pareciéramos estar en presencia de un elemento subjetivo del tipo, sino de la exigencia de que la conducta ejecutiva propia de esta figura delictual, no sólo llegue hasta la etapa de la consumación sino que llegue, inclusive, hasta la de agotamiento: En efecto, cuando la norma dispone que se sanciona al servidor público que utilice en provecho propio o ajeno esas informaciones reservadas, no está diciendo que basta con que el agente delictual tenga ese propósito de aprovechamiento para que se estructure la conducta como típica, independientemente de que alcance o no el resultado.

No: Lo que está exigiendo la norma es que esa utilización se haga en directo provecho propio o de un tercero, lo que significa que no basta con que se tenga la intención de alcanzar ese provecho, sino que es necesario que el mismo se obtenga.

Ello tiene singular trascendencia, por dos razones fundamentales: La primera, porque para efectos de poder tipificar una conducta dentro de los moldes normativos contenidos en el artículo 155 del Código Penal, deberá acreditarse no sólo la utilización de la información, sino también la obtención (efectiva) del provecho; bien sea por parte o en favor del mismo agente delictual, bien sea por parte o en beneficio de un tercero, todo lo cual exigirá un especial despliegue probatorio. Y la segunda, íntimamente conectada con la anterior, que nos permitirá despejar, desde ya, una inquietud relacionada con los dispositivos amplificadores del tipo, según la cual es este un tipo penal que admite la forma imperfecta de la tentativa, pues que si el agente delictual utiliza la información, pero no obtiene provecho, ni para sí ni para otro, habremos de decir que no se ha consumado el designio criminal del agente de la infracción, por circunstancias ajenas a su voluntad.

Esta interpretación, no está por demás decirlo, es apoyada por LUIS CARLOS PÉREZ[712], para quien "se requiere el aprovechamiento y el consiguiente perjuicio público o particular"; mas no así por JESUS BERNAL PINZÓN[713], para quien es este un delito eminentemente formal o de consumación anticipada, "en el sentido de que para su consumación no es necesario que el agente haya logrado el fin que perseguía con la utilización, o sea, no es necesario que haya obtenido el benefi-

[712] Citado por Bernal Pinzón, *Op. Cit.* Pág. 207

[713] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 207.

cio". Huelga decir que no compartimos nosotros, a nuestro turno, la posición del Maestro BERNAL PINZÓN, por la potísima razón de que ella sería cierta y válida, de haberse contemplado el provecho para sí o para otro, como un elemento subjetivo del tipo, lo que, ciertamente, no se hizo, pues que en ningún momento el legislador dio a entender, con la redacción de la norma, que bastaba con que el agente tuviese tal designio criminal al momento de materializar la conducta externa, independientemente de que hubiese obtenido o no tal resultado: Para ello, hubiera debido emplear expresiones tales como "con la intención de ...", "con el propósito de...", o "con el fin de...", ninguna de las cuales (o similares), fue aquí utilizada. Todo lo contrario, como se dijo anteriormente, lo que se hizo fue llevar la concepción hacia el otro extremo, para introducir la idea (ya explicada por nosotros), de que no se sanciona aquí la etapa de consumación del hecho, si no la de su agotamiento (en relación con el "iter criminis"), como que es necesario, para la cabal estructuración como típica de la conducta, que real y efectivamente se obtenga el provecho.

En todo caso, es que ese provecho a que se refiere la norma, no sólo puede ser de contenido económico, sino que puede ser de cualquiera otra índole, como político, cultural, social, etc.. Y, de otra parte, cabe destacar que ese provecho puede ser obtenido en favor propio o de un tercero: En esta segunda hipótesis no es necesario, por lo demás, que ese tercero, que aparece como beneficiado con la utilización de tal información, haya tomado parte en la ejecución del hecho, pues que de haberlo hecho así, habrá de responder como partícipe (cuando en la hipótesis en que no haya tomado parte en la ejecución del hecho, sino que simplemente aparece como beneficiario de la información, no habrá de responder penalmente, al menos a nivel de esta figura delictual, en la medida en que no contempla esta disposición un mecanismo como el contemplado en el inciso final del artículo 238 del Código Penal).

1.3.2.2. *OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN POR RAZÓN DE SUS FUNCIONES.*

A diferencia de lo que acontecía con el artículo 154, en el cual no se precisa cuál debe haber sido la vía utilizada para la obtención de esa información reservada por parte del agente, a saber, si lo había sido por la mera razón de su cargo o de sus funciones (en donde nosotros concluíamos que había debido serlo bajo este último supuesto, es decir, por razón de sus funciones); y a diferencia de los códigos penales colombiano de 1936 e italiano de 1930, que fundamentan tal conocimiento en razón del cargo o servicio, el artículo 155 del Código Penal actualmente vigente señala que tal información reservada debe haber llegado a su conocimiento por razón de sus funciones, lo que quiere decir que entre el conocimiento del servidor público y esa información reservada, debe mediar una relación funcional, esto es, que lo que el legislador sanciona es el hecho de que la función pública, encomendada de manera concreta a ese servidor, sea utilizada con fines particulares, de provecho personal.

Este requisito plantea, al igual que sucedía en relación con el contenido normativo del artículo 154, una doble relación frente a la calidad del funcionario: Una en cuanto a su conocimiento, y la otra en cuanto al momento de la utilización de esa información.

Esa doble relación, que se eleva a la categoría de presupuesto de esta figura delictual, nos plantea tres hipótesis básicas, como las siguientes:

1.3.2.2.1. La primera, que el agente haya tenido conocimiento de la información reservada, en razón de sus funciones como servidor público, y que sin haber perdido tal calidad, la utilice en provecho propio o ajeno: En esa hipótesis, no queda duda de la materialización de la conducta delictiva, porque se reúnen a cabalidad y satisfacción todos los elementos estructurantes de la misma;

1.3.2.2.2. La segunda, que el agente haya tenido conocimiento de esa información reservada en razón de sus funciones, pero que la utilización de la misma sea por él efectuada luego de haber perdido su calidad de funcionario: En este caso, no estaremos en presencia de la conducta descrita en el artículo 155 del Código Penal, porque el Código Penal colombiano no contempla una disposición como la contenida en el artículo 360 del Código Penal italiano (puesta de presente al analizar el artículo 154), porque es presupuesto para la estructuración como típica de una conducta, dentro de los moldes del artículo 155 del C.P., que el agente conjugue la calidad de servidor público al momento de la observancia del comportamiento. En ese evento, y en el supuesto de que se reúnan los demás requisitos estructurantes, podríamos estar en presencia de la figura delictual contemplada en el artículo 238 del C.P.;

1.3.2.2.3. Y la tercera, que el agente haya tenido conocimiento de la información, de manera accidental y fortuita, antes de haber adquirido siquiera la calidad de servidor público, pero que haga uso de la misma, durante la época en que ostenta tal calidad: Aquí, la conducta no encajaría ni en el artículo 155, y, muy posiblemente, ni siquiera en el artículo 238 (que exige que la información haya sido por él obtenida en razón de su cargo o profesión), por lo que, muy factiblemente, podría terminar siendo atípica, de no encajar en disposiciones tales como el artículo 119 o 289 del Código Penal.

1.3.2.3. *EL DEBER DE SECRETO O RESERVA.*

Estamos aquí, una vez más, en presencia de una norma penal en blanco, puesto que habremos de revisar en la ley y/o el reglamento, qué es lo que debe ser mantenido en secreto o reserva por parte de ese servidor público: No obstante, desde el momento mismo en que la distinción (y crítica) entre secreto y reserva, tanto como el correspondiente deber específico de reserva (que nos habilitaba para reclamar la implantación del tipo penal culposo), fueron examinados a espacio y con detalle dentro del estudio del artículo 154 (violación de reserva), a tal exposición ahora remitimos: En todo caso, debe quedar en claro que no todo aprovechamiento de descubrimientos científicos, de informaciones o de datos es el que in-

crimina la norma, sino apenas el que se refiere a los que deben permanecer en secreto o reserva, porque así lo ha determinado la ley (en sentido material).

1.3.2.4. *NATURALEZA SUBSIDIARIA DEL TIPO PENAL.*

Toda vez que en el segmento final, el artículo 155 del Código Penal indica que el mismo tendrá aplicación fáctica, siempre que el hecho no constituya otro delito, ha de decirse que se trata aquí de un tipo penal subsidiario, vale decir, que tendrá aplicación en tanto la conducta observada por el agente no encaje dentro de otro tipo penal (obviamente, reuniendo y satisfaciendo los requisitos y elementos estructurantes del presente).

Esta situación, de suyo, nos sirve para despejar otra inquietud relacionada con los dispositivos amplificadores del tipo: Ciertamente, dado su carácter de tipo penal subsidiario, es este un tipo penal que no puede concurrir con ningún otro, pues o se aplica el otro tipo penal o, si la conducta no encaja en él, podría sí, entonces, revisarse la posibilidad de que encaje en este, sin que en ningún caso, por el principio de subsidiariedad, pueda presentarse un concurso efectivo de tipos penales, con fundamento en el que ahora examinamos.

Inclusive más, esta situación nos lleva al extremo de que si la utilización de la información originalmente reservada, en provecho de un tercero, ha sido el producto de un pacto remuneratorio entre ese tercero y el funcionario, no habrá lugar a predicar la existencia de un concurso efectivo de tipos penales, en relación con el servidor público, entre el cohecho y la utilización de asunto sometido a reserva, sino que, tan sólo, debe aplicarse la reglamentación y sanción correspondiente al primero, como que el artículo 155 así expresamente lo dispone.

2. EVALUACIÓN GENERAL DE LA FIGURA.

No sólo de su naturaleza de tipo penal subsidiario, sino de su contenido normativo intrínseco, surgen grandes y certeras críticas contra esta disposición:

- Lo primero, como se ha visto, porque resulta siendo esta una norma prácticamente que inaplicable, en la medida en que, en la generalidad de los casos, la conducta debe encajar en los linderos propios del artículo 289 del Código Penal, que describe exactamente el mismo comportamiento, con la ventaja de que lo hace en relación con un sujeto activo indeterminado, por lo que, en atención a lo dispuesto en la parte final del artículo 155, pareciera ser aquel el que debiera aplicarse, aún, en el caso de que fuese un servidor público el que revelase tales informaciones: Así, el único margen de aplicación que le quedaría al artículo 155, sería aquel que le dispensaría la hipótesis en que el servidor público hubiese tenido conocimiento de tales informaciones por razón de sus funciones, puesto que si lo hizo, por ejemplo, por razón del cargo, la norma aplicable al caso sería ya la del artículo 289, y no la del 155 (con lo cual, como se ha dicho, esta última termina siendo prácticamente inaplicable);

- Lo segundo, porque el mismo contenido normativo de la disposición que se examina encierra dos eventos que la tornan en inconveniente: El primero, suficientemente analizado en párrafos precedentes, que ella llega a exigir la obtención del provecho, como requisito para su configuración, lo que equivale a decir que no se sanciona aquí la etapa de consumación, sino que es menester llegar hasta la etapa del agotamiento, para que la conducta pueda entenderse como cabalmente típica (lo que no deja de aparecer como inconveniente, y que podría remediarse si la norma, en vez de exigir esa etapa de agotamiento, concibiese un elemento específico de carácter subjetivo: la intención de obtener tal provecho); y el segundo, que no deja de aparecer como algo contradictorio que si un particular revela tales informaciones reservadas, materializando así el tipo penal previsto en el artículo 238 (violación de reserva industrial), se hace merecedor a una sanción de prisión de uno a cinco años, pero si la realiza un servidor público, materializando el tipo penal contenido en el artículo 155 (utilización de asunto sometido a reserva), la pena imponible será de prisión de seis meses a cuatro años, cuando se supone que es más grave la conducta en tal sentido desplegada por un servidor público, que la evidenciada por un simple particular, de tal manera que la cantidad de pena debiera ser mayor en el segundo caso que en el primero.

- Y lo tercero, como lo propone ARENAS[714], que si "tanto la revelación de descubrimientos científicos que deban permanecer en reserva como su utilización en provecho propio o ajeno, son disposiciones que deben figurar en los delitos contra el orden económico", pues que es ese, finalmente, el bien jurídico primordialmente lesionado o puesto en peligro, "debe desaparecer el artículo 155 para convertirse en circunstancia de agravación de la conducta descrita en el artículo 238", en posición que compartimos, teniendo en cuenta, muy especialmente, el carácter de subsidiario que le ha dispensado el legislador al actual artículo 155 del Código Penal.

3. UNA ADICIÓN INÚTIL: EL ARTÍCULO 148-A DEL CÓDIGO PENAL.

Pese a que el artículo 27 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), expresa que, en lo sucesivo, el Código Penal tendrá un artículo identificado con el número 148-A, relativo a la utilización indebida de información privilegiada, de manera deliberada hemos optado por dejar para este segmento de nuestra exposición el análisis de tal norma jurídica, por las razones y consideraciones que más adelante se explicará.

Para comenzar, digamos que esa "nueva" norma dentro del Código Penal, identificada, como se dijo, como el artículo 148-A, reza:

> "ART. 148-A. UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA. El servidor público o el particular que como em-

[714] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 80.

pleado 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 provecho para sí o para un tercero, sea este persona natural o jurídica, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años e interdicción de funciones por el mismo término de la pena principal".

Varios comentarios, entonces, admite y requiere tan novedosa disposición, los mismos que pueden ser presentados de la siguiente manera:

3.1. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

Desde el punto de vista de su estructura, podría verificarse la siguiente disección a la eventual imagen rectora de esta figura delictual:

- Que una persona funja, bien como servidor público, bien como particular, como empleado, directivo o miembro de una junta u órgano de administración;

- Que esa entidad en la cual obra como empleado, directivo o miembro de junta u órgano de administración el agente delictual, sea de naturaleza pública o privada;

- Que el agente de la infracción (con todas las características y condiciones ya indicadas respecto suyo), haya conocido una información, por razón o con ocasión de sus funciones:

- Que el agente delictual que conoció de esa información con todas las condiciones y circunstancias ya dichas, haga uso indebido de la misma;

- Finalmente, que ese uso indebido que de tan preciosa información se haga, se haya verificado con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica.

3.2. CARACTERIZACIÓN.

Desde el punto de vista dogmático, podría decirse, en relación con el tipo penal que nos ocupa:

3.2.1. Se trata de un tipo penal absolutamente exótico, pues que tanto admite como sujeto activo a un servidor público (sujeto activo calificado), como a un particular (sujeto activo indeterminado): La condición, en uno y otro caso, vendría dada por el hecho de que obren como empleados, directivos o miembros de junta directiva u órgano de administración de una entidad, sea esta última pública o privada.

3.2.2. En relación con este último, esto es, con el particular que puede asumir la condición de sujeto activo de esta pomposa infracción a la ley penal, se tiene que el mismo puede haber tenido, previamente, alguna de las siguientes vinculaciones: o con la misma administración (como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de la administración de cualquier entidad pública), o con cual-

quier entidad privada, con lo cual se desplaza la tutela de la administración pública hacia intereses neta y puramente privados (algo que, ciertamente, no consultaría el bien jurídico tutelado por el título y capítulo dentro de los cuales ha pretendido ser encuadrada esta conducta por parte del legislador).

3.2.3. Desde el punto de vista de la conducta ejecutiva, tiénese que ese singular sujeto activo debe observar una conducta consistente en hacer uso indebido de información, la misma que, podemos decirlo de una vez, debe haber llegado a su conocimiento por razón o con ocasión de sus funciones, lo cual amerita dos comentarios: El uno, que conforme a la redacción del tipo, serían irrelevantes penalmente, las revelaciones debidas que de tal información hiciere el agente delictual (lo que deja un campo de interpretación demasiado amplio, cuando de determinar lo que se entiende por uso indebido de la información); y el otro, que debe haber mediado un nexo causal entre la obtención de la información y las funciones del agente, de tal manera que si el agente delictual tuvo conocimiento de tal información, por fuera de sus funciones, no incurriría en esta conducta punible, en evento de usar indebidamente la misma (lo cual, no está por demás decirlo, rompe con la idea de que el servidor público debe serle fiel a la administración para la cual trabaja, siempre y en todo lugar).

3.2.4. Finalmente, media aquí un elemento subjetivo del tipo, como que tan particular agente delictual (cualificado e indeterminado, al mismo tiempo), debe haber obrado con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, en donde el Legislador, pretendiendo clarificar conceptos, precisó que ese tercero podía ser tanto una persona natural como jurídica: En tanto elemento subjetivo del tipo que es, es necesario que tal ánimo presida la conducta del agente delictual, sin que sea necesario, para la punición de la conducta, que tal propósito se haya logrado, obtenido o conseguido.

3.3. EVALUACIÓN CRÍTICA.

A riesgo de ser tachados de pesimistas y de detractores de nuestro legislador, no podemos nosotros sustraernos a la realidad de que se trata aquí, indiscutiblemente, de una norma que ni tiene nada de novedoso, ni se encuentra -siquiera- bien concebida desde el punto de vista de su redacción.

3.3.1. *EL CARÁCTER NOVEDOSO DE LA FIGURA EN COMENTO.*

Cuanto a lo primero, al revisar ya el contenido normativo del artículo 154 del Código Penal, habíamos nosotros significado que en el artículo 326 del Código Penal italiano de 1936 se habían contemplado no sólo las formas dolosa y culposa de la revelación de secretos, sino que, en su inciso tercero, se había considerado (y acriminado), la forma dolosa de apropiación de secretos en beneficio personal.

Pero como si lo anterior fuera poco, esto es, si el análisis histórico no fuese suficiente en orden a demostrar que nada nuevo ha hecho el legislador al introducir esta disposición dentro del Código Penal, baste considerar todo lo que hemos ex-

puesto nosotros dentro del presente capítulo, en relación con la utilización de asunto sometido a secreto o reserva, y se comprenderán, fundamentalmente, dos cosas:

- La primera, que no hacía falta considerar en un tipo penal autónomo esta utilización indebida de información privilegiada, pues que, en gran medida, se trataba ya de una conducta prevista como punible en el ya analizado artículo 155 del Código Penal: De esta manera, se entiende que si lo que se quería era sancionar más drásticamente el caso de algunas personas que utilizaban esa información sometida a secreto o reserva en beneficio suyo, bien habría bastado con agregar un inciso segundo del artículo 155, señalando, por ejemplo, que la pena básica imponible conforme al inciso primero se agravaría en una determinada proporción, cuando el agente conjugase determinadas calidades, o cuando la información comportase un cierto nivel o contenido.

- Y la segunda, que si lo que pretendía el legislador era proteger, por tal vía, la administración pública, como se supone que era su aspiración, no se comprende por qué razón ubicó este nuevo tipo penal como un artículo 148-A (esto es, después del enriquecimiento ilícito), en vez de situarlo, si ese era el caso, después del precitado artículo 155, como lo que es, vale decir, como un claro y preciso abuso de autoridad.

En ese mismo sentido cabría agregar que si lo que, en todo caso, se pretendía era sancionar el incremento patrimonial obtenido por ciertas personas en desmedro de la administración pública y, por ende, del patrimonio público, habría que decir que no se entiende, entonces, por qué se eleva a la categoría de sujetos activos de esta forma de infracción a la ley penal, a los meros y simples particulares.

Obsérvese, pues, que por esta vía el legislador nacional no sólo está desvertebrando todo el contenido, la esencia y filosofía del Título III del Libro Segundo del Código Penal, sino que está olvidando la verdadera esencia y contenido de la conducta que, por esta vía, pretende acriminar. De paso, son estos los criterios y argumentos por los cuales hemos optado por analizar aquí, esto es, en este preciso apartado de nuestra exposición ese novedoso tipo penal, en vez de hacerlo como lo propone el legislador, a saber, a continuación del enriquecimiento ilícito (como el artículo 148-A).

3.3.2. *LA DEFECTUOSA IMPLEMENTACIÓN NORMATIVA DE LA FIGURA.*

Súmese a lo anteriormente expuesto la muy defectuosa concepción y redacción de la disposición en comento, y se llegará a la conclusión de que la misma no sólo no hacía falta dentro de nuestro Código Penal, sino que, más que a clarificar llevará a confundir la interpretación de estos tipos penales a través de los cuales se pretende proteger la administración pública (por no decir, desde ahora, que se trata de una norma prácticamente que inaplicable). Veamos:

3.3.2.1. En primer lugar, creemos que es este el primer tipo penal en la historia jurídica del país que, al mismo tiempo, admite un sujeto activo cualificado y un sujeto activo indeterminado: si la doctrina y la legislación reconocen la necesidad de configurar tipos penales de sujetos activos cualificados, no es sólo para distinguirlos o diferenciarlos de aquellos que pueden ser materializados por cualquier persona, sino para reconocer que ellos requieren, para su estructuración y configuración, de unos determinados presupuestos; y, lo que es más, que ellos comportan unas consecuencias punitivas diferentes (especiales), a aquellas que reportan los hechos punibles que pueden ser patentizados por cualquier persona, sin necesidad de ninguna calidad o condición específica.

Si ello es así, como en verdad se tiene que lo es, ni se entiende ni se justifica que un tipo penal, **al mismo tiempo**, autorice o prescriba que él puede ser patentizado tanto por un servidor público como por un particular, pues que o se utiliza lo uno, o se utiliza lo otro, pero no ambos conceptos al mismo tiempo: Dicho de otra manera, si de lo que se trata es de sancionar a toda persona que pueda llegar a observar este comportamiento, hubiera bastado con emplear la expresión "el que...", pues que allí quedarían comprendidos tanto los servidores públicos como los particulares; y si de lo que se trataba era de sancionar, solamente, a los servidores públicos, no se ve razón para que se haya hecho expresa mención de los particulares...

Y que no se diga aquí que no se está haciendo mención o relación de todos los particulares, sino, tan sólo, de aquellos que observen unas determinadas cualidades o condiciones, a saber, la de fungir como "empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública o privada", puesto que, entonces, dos comentarios adicionales habríamos de formular al respecto:

- El primero, que ningún sentido tiene, entonces, esa enumeración de hipótesis a las cuales puede (debe) responder ese particular para ser considerable como eventual sujeto activo de esta disposición, si se tiene en cuenta que ya en el artículo 18 de la ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), supuestamente se había indicado qué se entiende por servidor público, en donde se predicaba que podían tenerse por tales a los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria.

En este orden de ideas podría concluirse una de dos cosas: o el artículo 27 de la ley 190 de 1995 (a través del cual se introduce en el Código Penal el artículo 148-A) sobra, al menos en el apartado en que hace relación al caso de los particulares como potenciales sujetos activos del tipo penal allí contenido, porque se trata de un concepto que -se supone- debió haber quedado establecido y esclarecido desde el artículo 18 de la misma ley; o en otro sentido, el referido artículo 27 de la ley 190 de 1995 comporta una adición al artículo 18 de la misma ley, como que encierra un caso más, diferente a los contemplados en esta última disposición, en el cual un particular puede llegar a ser considerado como servidor público y, consecuen-

cialmente, como potencial sujeto activo de los delitos contra la Administración Pública (siendo inadmisibles, a nuestro modo de ver, ambas soluciones).

- Y el segundo, como si el anterior no fuere suficiente, que si se hace expresa mención de los particulares en tanto eventuales sujetos activos de esta disposición, cuando se dice que ello opera en todo evento en que ellos funjan como empleados o directivos o miembros de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con lo que estamos ya situados en el colmo de la pretensión: según lo así expuesto, se sancionará como delito contra la administración pública, bajo la égida de una febril lucha contra la corrupción, el hecho de que un particular que obra como directivo, empleado o miembro de una junta u órgano de administración de una empresa privada, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión del ejercicio de sus funciones (!!!).

Ya no sólo se desconoce que no se trata allí de un atentado contra la administración pública (pues que no sería ya tal el bien jurídico lesionado, sino, tan sólo, un interés netamente privado), sino que, lo que es peor, se olvida el contenido normativo del artículo 238 del Código Penal, que dice referencia a la violación de reserva industrial, con lo que se repite -innecesariamente a nuestro modo de ver- una conducta ya prevista como punible en la ley penal colombiana.

3.3.2.2. Superadas las críticas relativas al sujeto activo, nos parece que un segundo reparo a esta disposición podría encontrarse a nivel del elemento subjetivo del tipo con el cual se describió la conducta, no sólo porque la hace difícilmente aplicable (asumiendo que aún tuviese algún margen de aplicación, conforme a lo jurídico-sustancialmente expuesto), sino porque, de otro lado, se introduce una precisión absolutamente innecesaria, cuando se establece que ese tercero en beneficio de quien se procede, puede ser tanto una persona natural como jurídica, algo que era (y es) completamente claro dentro de la doctrina nacional y comparada.

3.3.2.3. No dejando de desconocer que puede ser y aparecer como plausible el hecho de que se quiera combatir la corrupción en todos sus niveles y manifestaciones, y que, por tanto, se pretenda dotar a las autoridades de herramientas jurídicas para tales efectos, como se supone que pretendió hacerlo el denominado Estatuto Anticorrupción, nos parece que, en ocasiones, ese celo excesivo por la penalización de conductas, lleva a exabruptos como el siguiente: Partiendo de la idea de que puede ser sujeto activo de esta disposición un particular (lo que ya ha sido por nosotros comentado y censurado), se tiene que el mismo se haría acreedor por tal vía, a la imposición de una pena privativa de la libertad así como a la interdicción de funciones por el mismo término de la pena principal.

Más allá de la evidente falta de técnica legislativa de nuestro legisladór, que sigue evidenciando su desconocimiento en torno a lo que se entiende por penas principales según lo por él mismo dispuesto en el artículo 42 del Código Penal, ya que insiste en calificar esa interdicción de funciones como pena accesoria, cuando en puridad, según la redacción imprimida a la norma, es verdaderamente una pena principal, quedaría todavía por preguntarnos: Cuáles son las funciones respecto de

las cuales puede decretarse la interdicción de ese particular? ¿Serán, acaso, las de miembro, empleado o directivo de esa junta u órgano de administración de esa entidad privada? Nosotros no creemos que a tal extremo pueda llegar la ley penal, pues que ello significaría introducirse en esferas puramente privadas: Y si ello es así, como en verdad creemos que lo es, no vemos sentido, insistimos, en que se eleve a los particulares a la categoría de eventuales sujetos activos de estas infracciones a la ley penal.

3.3.2.4. Como si todo lo anterior fuera poco, ha de tenerse en cuenta que la figura en comento resulta ser absolutamente inútil e inaplicable en lo que hace relación con los particulares, no empece que hayan sido ellos contemplados como eventuales sujetos activos de la misma: Ello, atendiendo a la ubicación que dentro del Código Penal se dispensó, por parte del legislador, a este tipo penal, que no solamente aparece dentro del Título III, correspondiente -como se sabe- a los delitos contra la administración pública, sino, lo que es peor aún, dentro del Capítulo VI de dicho Título, atinente al enriquecimiento ilícito (de servidores públicos).

Lo uno y lo otro comportan trascendentales consecuencias desde el punto de vista dogmático y, por ende, hermenéutico, como las que evidencia a continuación:

- De un lado, porque si el bien jurídico que en últimas se tutela por parte del entramado de tipos penales previstos en el Título III de la parte especial del Código Penal, es la administración pública, ello significa, conforme al principio de lesividad que encuentra su fundamento primario en el artículo 4° del Código Penal, que toda conducta que pretenda alcanzar ribetes de tipicidad dentro de este apartado del Código, debe poner en peligro, real o potencialmente, tal bien jurídico, lo que -al menos en principio- no aparece ni como claro ni como factible en tratándose de un puro y simple particular, sea que oficie él como tal dentro de una entidad pública (lo que no deja de ser harto difícil desde el punto de vista jurídico), sea que (todavía más difícil) que lo haga dentro de una entidad privada, en donde devendrá en prácticamente imposible la posibilidad de que dicho particular pueda afectar con su proceder, a la administración pública.

- Y del otro, en íntima conexión con lo anterior, que si esta figura se introduce en nuestro sistema penal por la vía de su consideración como una forma de enriquecimiento ilícito, lo que se desprende de la numeración que en tanto artículo se le dispensó por parte del legislador, tendrá que decirse que, finalmente, el objeto jurídico propio de esta disposición debe y tiene que aludir, de una u otra forma, a que con su patentización se obtenga un provecho ilícito por parte del agente delictual (en este caso, del particular), en desmedro de los intereses de la administración, algo que, se repite, en tratándose de un mero y simple particular, no deja de ser altamente discutible.

3.4. CONCLUSIÓN.

En síntesis, cuando del artículo 148-A del Código Penal (según la adición in-

troducida por el artículo 27 de la Ley 190 de 1995) se trata, podremos decir nosotros:

- Que se trata de una norma mal ubicada, no sólo dentro del Código Penal, como que hace referencia, en muchas ocasiones, a conductas que dicen referencia a los delitos contra el orden económico-social; sino también, y lo que es peor aún, dentro del mismo Título III del Código Penal, toda vez que mejor hubiera quedado ubicada (si de eso se trataba), como un inciso segundo del artículo 155 del Código Penal, y no como un artículo 148-A, después del enriquecimiento ilícito;

- Que se trata de un tipo penal que no tiene nada de novedoso, siempre que no sólo existía ya dentro del Código Penal italiano de 1936, sino que, en gran medida la conducta en él descrita se encontraba ya prevista, en nuestro medio, a nivel de los artículos 155 y 238 del Código Penal;

- Finalmente, que se trata de un tipo penal que presenta serias deficiencias a nivel de su redacción (sujetos activos, conducta ejecutiva, elemento subjetivo del tipo), y, también en la consecuencia jurídica que la observancia del mismo comporta (especialmente a nivel de la interdicción de funciones).

CAPÍTULO SEXTO

ABANDONO DEL CARGO

"ART. 156, C.P. ABANDONO DEL CARGO. - El [servidor público] que abandone su cargo sin justa causa, incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas de uno a tres 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".

1. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

1.1. LOS SUJETOS.

1.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Atendiendo a la redacción que observa el artículo 156 del Código Penal colombiano, se tiene que el sujeto activo en el tipo penal del abandono del cargo debe ser un servidor público, motivo por el cual se sostiene que es este un tipo penal de sujeto activo calificado.

A pesar de todo, del hecho que se diga que se trata aquí de un tipo penal de sujeto activo calificado, en razón de la calidad de servidor público que debe ostentar quien tal conducta punible realiza, se seguiría que, como regla general, podrían ser sujetos activos de esta forma de infracción a la ley penal tanto los funcionarios de derecho como los funcionarios de hecho, mas no los usurpadores.

En efecto, siendo algo relativamente claro el que cuando una persona que ha sido designada o elegida (título), que ha tomado posesión de su cargo, y que lo ha venido ejerciendo abandona el cargo en comento, ha de ser sancionada dentro de los límites propios del artículo 156 del Código Penal, amerita un poco más de explicación el caso de quien adolece de una de esas tres circunstancias, a saber, o le falta el título, o le falta la posesión o le falta el ejercicio, esto es, el desempeño efectivo del cargo, a fin de considerarlo como eventual y potencial sujeto activo de esta forma de infracción a la ley penal.

Realmente, bien puede presentarse el caso de un funcionario respecto del cual, una vez asumido por él el cargo, se emite un pronunciamiento judicial en el cual se determina o declara la nulidad o ilegalidad del mismo (como sucedería, por ejemplo, en aquel evento en que esa persona no hubiese satisfecho o reunido los requisitos personales requeridos para el desempeño del mismo, como, por ejemplo, ser u ostentar título de abogado, para poder desempeñar el cargo de asesor

jurídico de una entidad oficial, cuando se detenta, de manera diversa, título en medicina), y que, por ello, o antes de que se venza el período para el cual estaba inicialmente designado, o, en su caso, antes de que llegue a asumir el cargo quien debe reemplazarlo, hace dejación de su cargo: En tal evento, creemos nosotros, podría deducírsele responsabilidad penal a tal persona, dentro de los marcos del abandono del cargo a la persona que así actuase, teniendo en cuenta que, al menos en un primer momento, contó él con un título que era dable reputar (en ese primer instante), como lícito y verdadero.

Ahora bien, entendiendo que el funcionario de hecho es un fenómeno que también puede presentarse respecto de aquella persona que actúa antes de que comience su período, o que actúa después de terminado el mismo, podría decirse que, en tales eventos, de hacerse dejación intempestiva e irregular del cargo por parte de quien bajo tales condiciones lo desempeñaba, también podrá estarse incurriendo en esta forma delictual: Así, incurriría en abandono del cargo la persona que, aún antes de comenzar a correr el período para el cual fue designado, tomó efectivamente las riendas del mismo, pero que, estando dentro de tal situación, hace intempestiva dejación del mismo: o el caso de quien, al habérsele vencido el período para el cual fue designado, abandona su cargo antes de que llegue a tomar posesión real y material del mismo, quien deba reemplazarlo.

Tal sería, por ejemplo, el caso de uno de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que, siendo designados como lo son, según el artículo 233 de la Constitución Política de 1991, para un período de ocho años, asumiese su cargo antes de la fecha indicada, ante la vacante dejada (por ejemplo, por muerte), por su antecesor, y que luego, antes de que comenzase a correr el período para el cual fue efectivamente designado, hiciere dejación de su cargo, de manera inconsulta y, por obvias razones, irregular: Tal magistrado estaría incurriendo, en nuestro sentir, en abandono del cargo, habida cuenta que, cuando menos, ostenta él la condición de funcionario de hecho.

Eso mismo que acaba de ser por nosotros propuesto en el párrafo anterior, sucedería con aquel magistrado que, bien sea porque ha llegado a la edad de retiro forzoso, bien sea porque han transcurrido ya los ocho años para los cuales fuese designado, opta por no regresar más a su oficina y no seguir cumpliendo con sus deberes oficiales como magistrado, esto es, como administrador de justicia, no empece que aún no ha sido designada la persona que habrá de reemplazarlo en el cargo, o que, habiéndolo sido (esto es, habiendo sido designada), aún no ha tomado posesión real y material del mismo (por ejemplo, porque se encuentra en el exterior): En tal hipótesis, creemos, ese primer magistrado, a saber, el que tal actitud de no trabajar más observa, estaría incurriendo, igualmente, en abandono del cargo. Por ello, precisamente, es por lo que podemos nosotros pregonar, con apoyo en GÓMEZ MÉNDEZ[715], que "en el caso del empleado a quien se le ha

[715] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 138.

aceptado la renuncia, debe de todas maneras esperarse a que se posesione su sucesor. La simple presentación de la renuncia, y ni siquiera la aceptación de la misma liberan al empleado oficial de permanecer en funciones".

Es claro, desde nuestra perspectiva, como se dijo anteriormente, que el simple usurpador no puede ser sujeto activo de este género de infracciones: No sólo porque él no es parte de la administración (como que de hecho no lo es, al no detentar la calidad de servidor público que para estos efectos exige la ley penal), sino porque no sería lógico deducir responsabilidad penal por abandono del cargo, a quien no tiene por qué estar ejercitando o desarrollando ese cargo. En tal sentido, vale la pena recordar lo que ya anteriormente se había dicho con fundamento en BERNAL PINZÓN[716]: "El usurpador no es jamás un funcionario público; y, por tanto, no puede ser ni sujeto activo del delito propio, ni sujeto pasivo de delito contra la administración pública", habida cuenta que carece él "hasta de un simple título putativo".

1.1.2. *SUJETO PASIVO.*

Evidentemente, el sujeto pasivo en esta forma de infracción a la ley penal es el Estado, en tanto titular del bien jurídico tutelado: Si lo que se protege aquí es la administración pública, en tanto ella permanezca, cumpla con sus cometidos y deberes, atienda las quejas, reclamos o peticiones de los administrados, habrá de decirse, como justa consecuencia, que el sujeto pasivo de esta forma de infracción a la ley penal es el Estado. Por ello, ORTIZ RODRÍGUEZ[717], enseña que en la medida en que el abandono del cargo "implica una parálisis en el despacho del empleado, una discontinuidad parcial de la administración pública que pierde toda oportunidad, prontitud y eficacia", por manera que es el Estado el titular de tal interés, siendo, entonces, el verdadero sujeto pasivo en esta variante delictual.

Ahora bien: Cabría preguntarse si el particular al cual o en relación con el cual no se administra "pronta y cumplida justicia", en la medida en que el juez penal ha hecho abandono de su cargo, es o no sujeto pasivo de esta forma de infracción a la ley penal. Nosotros creemos que no, pues que, al fin de cuentas, no es él el titular del bien jurídico afectado (o puesto en peligro, según el caso), con tal abandono del cargo: Lo que sí es factible y posible, es que ese particular pueda llegar a ser considerado como perjudicado con tal actuar, en la medida en que con la no administración de justicia con respecto suyo, en razón (nexo causal) del abandono de su cargo por parte del juez, se le hayan ocasionado perjuicios de índole patrimonial. En síntesis, a nuestro modo de ver, ese particular podría llegar, eventualmente, a ser considerado como un perjudicado, mas nunca como un sujeto pasivo de esta infracción.

Por ello, entonces, no compartimos nosotros íntegramente el contenido de la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia, el día 5 de Julio de 1989,

---

[716] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 7.

[717] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 139.

en Sala de Casación Penal, cuando, al respecto, confundiendo en nuestro sentir las nociones de sujeto pasivo y de perjudicado, manifestó:

> "El sujeto pasivo de la infracción (art. 156 C.P.) es el propio Estado, o, si se prefiere, el organismo de la administración pública lesionado por la desvinculación definitiva del empleado que incumple su obligación de permanecer continua y regularmente al frente del oficio o del servicio, sin justificación alguna. No rechaza el delito la posibilidad de que un particular se vea afectado en sus intereses individuales o patrimoniales al soportar las consecuencias inmediatas del abandono. Este, que recibe directamente los efectos de la acción, es también sujeto pasivo en sentido sustancial por ser titular del bien ofendido (Ranieri)".

1.2. LOS OBJETOS.

Siendo claro que la conducta ejecutiva propia de este tipo penal, recae exactamente sobre el cargo que, en concreto, se abandona, podría decirse que se trata aquí de un objeto material de naturaleza ideal.

Desde otro ángulo, y en cuanto hace con el objeto jurídico propio de esta infracción, podría decirse, con apoyo en GÓMEZ MÉNDEZ[718], que en este caso el bien jurídico concretamente protegido es el de la continuidad en el ejercicio de la función pública, como que la administración puede verse seriamente lesionada cuando uno de sus agentes deja de cumplir con las funciones que se le encomiendan. Por eso, ORTIZ RODRÍGUEZ[719] anota que la norma en comento busca evitar que la administración pública se paralice a causa de que un empleado suyo deje de ejercer las funciones que le corresponden, deje de concurrir al lugar de trabajo a despachar lo que le corresponde despachar: En síntesis, evitar que se presente una discontinuidad en la prestación de los servicios porque ello hace inefectiva la administración.

1.3. LA CONDUCTA EJECUTIVA.

La conducta ejecutiva propia de este tipo penal, aparece como única pero compuesta, esto es, que debe conjugar algunas características esenciales: De una parte, debe materializar un abandono del cargo; pero de la otra, ese abandono del cargo, para que sea punible dentro de los límites del artículo 156 del Código Penal, debe haberse realizado sin justa causa. Veamos:

1.3.1. *ABANDONO DEL CARGO.*

Dos situaciones deben ser aquí clarificadas, en orden a comprender cabalmente el sentido de la norma en comento: De una parte, qué se entiende por abandono; y de la otra, qué se entiende por cargo.

---

[718] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 138.

[719] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 139.

1.3.1.1. *LA LOCUCIÓN ABANDONO.*

1.3.1.1.1. *QUÉ SE ENTIENDE POR ABANDONO?.*

Compartimos nosotros plenamente las apreciaciones de PÉREZ[720], según las cuales, a la hora de determinar que se entiende por abandono, de poco sirven las acepciones gramaticales de cara a la adopción de decisiones sobre la culpabilidad punitiva. Si abandonar, desde el punto de vista de los teóricos de la Lengua, es desamparar a una cosa o persona, descuidar obligaciones o incumplirlas, se tendrán dos importantes consecuencias: De una parte, que por tal vía se introduce la idea de que el abandono puede ser temporal o definitivo, de tal suerte que, en la primera hipótesis, cesaría la acción punible en tanto se reasumieran las obligaciones. Empero, del otro lado, lo que es más importante aún, y estrechamente vinculado con lo anterior, que no es esa, entonces, la significación del vocablo abandono en relación con esta disposición, ya que el abandono comporta la dejación definitiva del cargo y, consiguientemente, de la función, ya que el abandono es desatención manifiesta, ostensible, clausura de actividades, suspensión de servicios. En una palabra, se dá aquí una forma de abuso de autoridad, precisamente, por ausencia de la autoridad, porque no hay quién la represente, aunque esta omisión no ocasione perjuicios evidentes a propia administración ni a los particulares.

De allí, en consecuencia, que sí nos parezcan dignas de acogimiento las voces expresadas por la misma Corte Suprema de Justicia, en el fallo anteriormente citado, a saber, el proferido el día 5 de Julio de 1989, en Sala de Casación Penal, cuando al respecto indicó:

> "d.) La expresión abandono utilizada por el Legislador Patrio como núcleo de la acción reprochada debe entenderse en lenguaje penal como la desvinculación definitiva y no transitoria del servicio, como la dejación total y final de los deberes y funciones públicas para las cuales se fungió al empleado oficial. En tal orden de cosas se entiende que abandona su puesto quien encontrándose en ejercicio de sus responsabilidades deserta voluntariamente y en forma absoluta de sus cometidos y encargos hasta el punto que no solamente deja de ejecutar los actos que le son obligados en su actividad (deber funcional) sino que con desdén y repudio hacia el cumplimiento de su ocupación pública (deber material) no regresa más al lugar donde se ejecutan. La ruptura debe ser general y plena, de una vez para siempre con el cargo y consiguientemente con la específica función estatal para la cual se designó al culpable. Demás está decir que la desaprobación jurídico penal de la conducta se corresponde con la cesación definitiva del destino público asignado de manera tal que en la mente y psicología del autor aparezca su retiro como un hecho cierto, seguro, categórico e irrevocable.
>
> e.) No responde a la anterior incriminación típica la conducta del empleado oficial que de manera temporal o precaria se ausenta del cargo

[720] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 312.

sin justa causa pero con la mira finalista o teleológica de reincorporarse más tarde que temprano al lugar donde oficialmente se le requiere. Tal supuesto no coincide con el comportamiento descrito en la ley como delito. Ese disfrute transitorio o provisional aún sin respaldo de la aquiescencia válidamente concedida -autorización, permiso, licencia, etc.- no determina conducta penalmente disvaliosa, pues, se reitera, no existe en el ánimo del sujeto la voluntad decidida de abdicar del ejercicio de sus ocupaciones públicas. Interesa consignar, en todo caso, que un tal desafuero y lo reprobable de esa acción se corrige a través de otros mecanismos que escapan al área del injusto típico: la vía disciplinaria o administrativa.

f.) Naturalmente que una larga o dilatada ausencia hace presumir la dejación definitiva del cargo. Quien infringe en coyunturas tales el deber de presencia en el sitio de trabajo manifiesta de manera ostensible y abierta su intención de no reasumir nunca más el cargo, independientemente del móvil o del interés que guíe al empleado a adoptar tal determinación".

Así las cosas, en resumen, para efectos de estructurar un abandono de los requeridos por el artículo 156, no basta con el simple hecho de que el respectivo servidor haya dejado de presentarse por uno o dos días al despacho. No. Es menester que tal falta de presentación a su dependencia habitual, esté acompañada del designio de no regresar más al mismo, de no seguir atendiendo los negocios o actuaciones propias de sus funciones, según el cargo asignado. Por ello, digno de tener en cuenta resulta ser el criterio en tal sentido consignado por la H. Corte Suprema de Justicia, en providencia proferida en Sala de Casación Penal con ponencia del Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS[721], el día 1o. de Marzo de 1990, cuando se postuló:

"... para la existencia jurídica del delito contra la Administración Pública por abandono del cargo, no basta la sola ausencia del lugar de trabajo, que por sí sola no demuestra el propósito de obrar contra derecho, sino que es menester, además, como delito de conducta dolosa, demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar el cargo sin razón valedera y de obrar a sabiendas de la ilicitud del acto. No es entonces suficiente la sola contrariedad formal de la conducta con la norma penal que describe el delito, para pregonar la existencia del hecho punible, sino que es necesario establecer el elemento subjetivo que consiste en un abandono caprichoso de las funciones, anteponiendo los fines personales a la voluntad de la Ley con lesión de interés público"[722].

---

[721] Publicada en sus apartes fundamentales en:

Cancino Moreno, Antonio José y Otros. *Corrupción Administrativa y Delincuencia Judicial.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1994. Págs. 11-12.

[722] A este respecto, cabría subrayar que ya la Suprema Corte se había pronunciado, en auto de Marzo 3 de 1989, al decir:

Y es que, ya en el mismo fallo de Julio 5 de 1989 tantas veces invocado, la misma Corte Suprema de Justicia había anticipado, en orden a distinguir cuando la dinámica actuaría traduce cabalmente un abandono del cargo, y cuándo una ausencia o separación temporal:

> "Lo que se cuestiona en el primer supuesto es el renunciamiento absoluto e integral de las funciones públicas por parte del empleado quien se desentiende de ellas simplemente porque en su conciencia no existe más la voluntad de cumplir con sus deberes y obligaciones. La segunda hipótesis no comporta tan definidos y tajantes alcances por cuanto el hecho que le sirve de sustrato reside en un apartamiento circunstancial de mayor o menor duración pero sin que exista en la mente del sujeto el propósito de sustraerse en forma conclusiva y terminante del cargo y de las funciones para las cuales se le designó. Más claro si es que acaso pueden demandarse mayor perspicuidad: el

---

"Como lo admite la doctrina y la jurisprudencia, no toda inasistencia del empleado oficial a su lugar de trabajo en el que debe cumplir con sus funciones legalmente asignadas, constituye delito de abandono del cargo de que trata el artículo 156 del Código Penal y de conformidad con el cual incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas, el empleado oficial que, sin justa causa, "abandone su cargo".

Como lo ha afirmado esta Corporación, para que se tipifique este hecho punible, "no basta quebrantar la debida concurrencia al despacho, sino que es menester, además, demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar efectivamente el cargo sin esperar la posesión de la persona que deba reemplazarlo", pues, si un juez se ausenta ilegalmente en algunas ocasiones de la sede del despacho, "tales ausencias no comportan el propósito de abandonarlo, pues la posterior reasunción de las funciones inherentes denotan todo lo contrario" (auto Mar. 25/82, M.P. Fabio Calderón Botero).

Para llegar a igual conclusión, el defensor acude a la doctrina argentina por considerar que la fuente de esta descripción típica se encuentra en el artículo 252 del Código Penal de ese país.

Si bien el resultado interpretativo foráneo coincide con el que corresponde con nuestra normatividad, las razones para concluir que el "abandono del cargo" debe entenderse como el abandono total de la función no equiparable al desempeño descuidado del cargo, ni a la inasistencia sin formal licencia, ni a la aislada o esporádica ausencia laboral, son distintas.

Atribuir como modelo legislativo del artículo 156 del Código Penal colombiano el artículo 252 del Código Penal argentino, modificado por la Ley 21.338, cuando menos resulta dudoso; esta disposición sanciona con multa e inhabilitación especial, al funcionario público, "que sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público", y agrava la pena al "que incitare al abandono colectivo del trabajo a funcionarios o empleados públicos"; entre tanto, la ley penal interna sanciona con interdicción de derechos y funciones públicas, al "empleado oficial que, sin justa causa, abandone su cargo", agravando la pena para aquellos casos en que el empleado oficial "ejerce autoridad o jurisdicción o es empleado de manejo".

La diferencia descriptiva de estos tipos penales en las dos legislaciones es ostensible, ya en cuanto se refiere a elementos normativos, como a la exigencia de la antijuridicidad material únicamente a título de daño, excluyendo la posibilidad del peligro concreto que puede considerarse en la ley colombiana a términos del artículo 4o. del Código Penal (...).

En nuestro caso, es la propia ley la que descarta la ausencia transitoria de la función como constitutiva del delito de abandono del cargo previsto en el artículo 156, siendo la separación total del cargo lo que caracteriza a este hecho punible".

abandono requiere una conducta permanente e indefinida de renunciar del todo -en su pura significación cronológica y fáctica- al desempeño de los oficios públicos. En la separación, por el contrario, aspira el actor a alejarse provisoriamente de aquellos con la intención, persistente en él, de retornar al cumplimiento de sus labores".

1.3.1.1.2. *PARTICULARIDADES DEL ABANDONO.*

Tres interrogantes especiales pueden ser por nosotros formulados en relación con el abandono, con un sentido clarificante de nuestra exposición, cuales los del siguiente tenor: Primero: cuándo se configura, entonces, el abandono del cargo, esto es, qué circunstancias objetivas deben presentarse, para que pueda decirse que se ha materizalizado una tal infracción a la ley penal?. Segundo: podrá coincidir la acción penal con una acción disciplinaria?. Y, tercero: Será menester, de cara a la configuración de una conducta típica de abandono del cargo, que se haya presentado o materializado un perjuicio?

1.3.1.1.2.1. Respecto a lo primero, es decir, a las circunstancias objetivas que deben presentarse, para que una conducta se pueda adecuar a las consideraciones propias del tipo penal contenido en el artículo 156 del Código Penal, habrá de recordarse el contenido normativo del artículo 126 del decreto 1950 de 1973, según el cual:

"El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:
1. No reasuma sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar.
2. Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.
3. No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del presente decreto.
4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo".

Por esta vía, en consecuencia, se tiene que hay abandono del cargo no sólo cuando se deja de concurrir al lugar de prestación del servicio (numeral 2o.), sino cuando no se reasumen las funciones, después de haberse vencido el término concedido para una licencia (numeral 1o.). Empero, lo que es más llamativo, es que se presenta también abandono del cargo, tanto cuando el servidor deja de laborar antes de que le sea concedida autorización para separarse del cargo (numeral 3o.), como cuando se abstiene de prestar el servicio "antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo" (numeral 4o.).

Decimos que es algo que, en nuestro sentir, aparece como llamativo, por el hecho de que se está condicionando al servidor a que, no obstante haber presentado su renuncia al mismo o haberse vencido el período para el cual fue designado o elegido, debe continuar al frente del mismo: Será que ello traduce una espera inde-

finida, esto es, una obligación sin término para su cumplimiento?. Significará ello que el servidor debe permanecer indefinidamente al frente de tal cargo, así no quiera (por renuncia) o no deba (por haber llegado a la edad de retiro forzoso), desempeñar el aludido cargo?. Para responder tal interrogante, debemos nosotros acudir al contenido normativo del artículo 113 del mismo Código de Régimen Político y Municipal, según el cual:

> "Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.
>
> Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno" (Subrayas fuera del texto).

No obstante, teniendo en cuenta el contenido normativo del artículo 281 del Código de Régimen Político y Municipal, según el cual "ningún empleado administrativo dejará de funcionar, aunque su período haya terminado, sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado para el efecto, o el suplente respectivo", habríamos de decir que la norma prevista en el artículo 113 ejusdem, y que fuese anteriormente transcrita, no sería de aplicación general, sino, tan sólo, para aquellos casos de presentación de la renuncia, y no para los de simple vencimiento del período.

1.3.1.1.2.2. En cuanto a lo segundo, esto es, así pueden concurrir las acciones penal y disciplinaria con motivo de un abandono del cargo, habremos de decir que a ello nada se opone, como que el mismo artículo 127 del Código de Régimen Político y Municipal prevé tal posibilidad, al señalar:

> "Si por el abandono del cargo se perjudicare el servicio, el empleado se hará acreedor a las sanciones disciplinarias y a la responsabilidad civil o penal que le corresponda".

Partiendo entonces de la premisa de que el ordinal 8o. del artículo 25 de la ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Unico) establece como falta gravísima patentizable por los servidores públicos, "el abandono injustificado del cargo o del servicio", cabría traer a colación, igualmente, el varias veces invocado inciso segundo del artículo 2o. de la ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Unico), para pregonar dos cosas: La una, que la acción disciplinaria es independiente de la penal; y la otra, que, contrario a lo que en un primer momento pudiera pensarse, no se infringe con tal situación (la de la coincidencia y simultaneidad en el ejercicio de las acciones penal y disciplinaria) el principio del non bis in idem, toda vez que, si bien hay identidad de persona (el mismo sujeto activo de la conducta) y de objeto (la misma conducta de abandono del cargo), es lo cierto que no habría identidad de causa (como que los motivos y las finalidades con las cuales se procede, serían completamente diferentes): De esta suerte, en conclusión, sí pueden coincidir las

acciones penal y disciplinaria (administrativa), con motivo de la eventual materialización de un abandono del cargo por parte de un determinado servidor público.

Lo que es claro es que tal coincidencia podrá darse cuando se haya materializado delito, pues que casos hay en que solamente se ha materializado una falta de carácter disciplinario, que no transciende al terreno jurídico penal, como cuando el decreto 0052 de Enero 13 de 1987, por el cual se dictó el estatuto de la carrera judicial, en el literal h) del artículo 61 describe como falta disciplinaria contra la eficacia de la administración de justicia, el "dejar de asistir injustificadamente a la oficina o cerrarla sin motivo legal o limitar indebidamente las horas de trabajo o de despacho al público", con lo que queda claramente establecida la diferencia entre abandono y transitoria inasistencia a la oficina, pues que, como lo dijese la Corte Suprema de Justicia en auto de Marzo 3 de 1989, proferido en Sala de Casación Penal, mientras el primero configura un delito, la segunda solamente origina una falta disciplinaria.

1.3.1.1.2.3. Finalmente, en cuanto hace con la necesidad de que se ocasione un perjuicio, para que pueda estructurarse un abandono del cargo, hemos de pronunciarnos de manera negativa, habida cuenta que no es esa una exigencia contenida en el tipo penal, si bien debe reconocerse que ello sí es de trascendencia para efectos de que de una simple acción disciplinaria, se pueda llegar a una acción penal, según lo dispuesto en el artículo 128 del Código de Régimen Político y Municipal:

> "Si por el abandono del cargo se perjudicare el servicio, el empleado se hará acreedor a las sanciones disciplinarias y a la responsabilidad civil o penal que le corresponda".

No obstante, no es necesario, como se ha dicho, para la pura configuración del tipo penal del abandono del cargo, el que se produzca perjuicio alguno, pues, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en el ya tantas veces citado fallo de Julio 5 de 1989:

> "Conforme a la realidad óntica del tipo estudiado no es necesario un daño específico al servicio público o si se prefiere a la función oficial desempeñada por el empleado por revertir el abandono sobre la prestación misma de los servicios comunitarios. Tampoco hace parte de su economía típica el ánimo de causar daño. El perjuicio no es elemento esencial del comportamiento prohibido. Legislaciones hay que se pronuncian en sentido contrario a como lo hace la nuestra, reclamando un daño interno en el organismo público y en general una lesión del servicio, aspectos éstos de singular importancia en orden a la integración de la figura y del fenómeno "culpabilidad". El Código Penal argentino -in exemplis- exige en su norma pertinente y como verdadera condición objetiva de punibilidad un "daño al servicio público", menoscabo que entre otras cosas debe ser efectivo y no potencial o futuro. Así mismo el Código Penal uruguayo demanda un "menoscabo de la continuidad o regularidad de la función pública". Quede claro, entonces,

que frente al código positivo la norma incriminadora no consigna ni como elemento compositivo del tipo ni como condición objetiva de punibilidad un daño en el área de la administración vulnerada por la acción antijurídica del sujeto agente".

1.3.1.2. *EL CARGO.*

Que se entiende por cargo? Cargo es el empleo, oficio o dignidad que se desempeña por cuenta o al servicio de la administración pública. Y siendo ello así, como en verdad se tiene que lo es, no puede perderse de vista el contenido normativo del artículo 122 de la Constitución Nacional, según el cual "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento".

Con ello, entonces, queda establecido que todo cargo, a más de deberse prestar por una persona natural dentro de un espacio físico determinado (una oficina, un edificio, una ciudad o una región), comporta el desarrollo de unas funciones, y, al mismo tiempo, el cumplimiento de unos deberes (tanto implícitos en el cargo, como referidos a los intereses y necesidades de la comunidad a la cual debe servir). Lo anteriormente expuesto nos permitiría preguntar, entonces, si el abandono del cargo que se reprime en el artículo 156 del Código Penal, y que venimos examinando, dice relación tan sólo al hecho del servidor que, físicamente, deja de acudir, definitivamente como sabemos ya, al lugar en que ordinariamente ha de prestar sus servicios personales al servicio de la administración; o si, por el contrario, se debe incluir también allí, esto es, dentro de tal encuadramiento típico, el caso del funcionario que asistiendo puntualmente (si se quiere), al lugar o espacio físico en el cual ha de cumplir con sus funciones, no hace nada, no cumple con sus deberes, no atiende al público, etc. .

Todo pareciera indicar que la norma (pues que así lo han interpretado tanto la jurisprudencia como la doctrina), cobijaría tan sólo el primer caso, esto es, el hecho de que, físicamente, el servidor dejase de comparecer, de manera definitiva y absoluta, al lugar o espacio físico (pues que bien puede ser que desempeñe sus funciones dentro de una determinada zona geográfica de la ciudad, el departamento o el país, como es el caso de los visitadores administrativos que han de desplazarse hacia otros lugares diferentes a los de la cabecera municipal o departamental, o el caso de los servidores públicos que laboran para la administración, prestando asesorías en asuntos del agro), en que debe desempeñar sus funciones. Con todo, nosotros creemos que tanto se puede abandonar el cargo, dentro de la descripción comportamental contenida en la norma que se examina, tanto de manera objetiva (dejando de concurrir a la oficina), como de manera subjetiva (concurriendo pero omitiendo ejecutar tarea, labor, oficio o función alguna).

Lo que sí es cierto, en todo caso, es que ese abandono del cargo subjetivo que ahora estamos nosotros proponiendo, configura, per se, una infracción de carácter disciplinario, que debe ser investigada, juzgada y, en su caso, sancionada, dentro de la órbita administrativa: Empero, como se ha dicho, somos de la opinión -no acogida por la jurisprudencia nacional, hemos de reconocerlo- de que no sola-

mente debe dejarse en el plano disciplinario, aquella falta de actuación y de cumplimiento de los deberes, las funciones, en una palabra, del cargo, cuando ello significa parálisis de la administración y perjuicio para los coasociados, en la medida en que aquella (esto es, la administración representada por ese funcionario que no actúa, que no trabaja), no está resolviendo debida y oportunamente sus peticiones, necesidades y requerimientos, hipótesis en la cual, reiteramos, siempre que se den los demás elementos estructurales de la figura penal en comento (particularmente los que dicen referencia al dolo del abandono, esto es, que se encuentra plenamente establecido que la intención del funcionario es la de no volver a ejecutar sus funciones, no empece que concurre a su lugar de trabajo), estaremos en presencia de una conducta típica de abandono del cargo.

Ciertamente no se trata aquí de una posición pacífica o unánimemente acogida en la doctrina, desde el momento mismo que un gran número de autores ni siquiera menciona ni contempla esta posibilidad[723]. Con todo, siendo igualmente exactos, mientras FERREIRA DELGADO[724], propone solución diversa para esta hipótesis, señalando que para él configuraría un abuso de autoridad genérico, el profesor LUIS CARLOS PÉREZ[725], sí parece estar de acuerdo con nuestra visión.

Es que si el objeto jurídico propio de esta figura delictual está constituido por el interés público relativo a la regularidad y/o continuidad en el ejercicio de la función pública[726], de tal manera que la administración puede verse seriamente lesionada o afectada cuando uno de sus agentes o representantes deja de cumplir con las funciones asignadas, ese daño potencial -que no necesariamente real- podrá

---

[723] Como es el caso de Arenas (Cfr. *Op. Cit.* págs. 80-81), Gómez Méndez (Cfr. *Op. Cit.* págs. 138-139) y Bernal Pinzón (Cfr. *Op. Cit.* págs. 220-222).

[724] "A nuestro entender la inasistencia negligente a los despachos oficiales, si bien es cierto no se adecúa 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 regresar, 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 el ánimo de abuso de funciones, que es dolo suficiente en esta figura, el hecho no puede quedar impune y limitado a una sanción disciplinaria".

Ferreira Delgado, Francisco. *Op. Cit*, pág. 166.

[725] En efecto, explicando los alcances del verbo "abandonar", Pérez propone:

"...El abandono es dejación definitiva del cargo, y consiguientemente, de la función. Y esto ocurre separándose de la localidad donde se desempeña, o aun continuando en ella, si la oficina no es atendida, aunque permanezca abierta, o si las labores se interrumpen, tratándose de las que se llevan a cabo en lugares distintos. El abandono es desatención manifiesta, ostensible, clausura de actividades, suspensión de servicios. Se da el abuso de autoridad, precisamente, por ausencia de autoridad, porque no hay quién la represente, aunque esta omisión no ocasione perjuicios evidentes a la administración ni a los particulares".

[726] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* pág. 220; Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* pág. 138.

presentarse y/o actualizarse, tanto cuando el agente abandona realmente su cargo (lo que, como se ha dicho, se establece a partir de la mediación de condiciones objetivo-subjetivas), como cuando lo hace de manera funcional, presentándose a su sitio de trabajo, pero sin cumplir materialmente con sus funciones (siempre, claro está, al amparo de la mediación de circunstancias objetivo-subjetivas que permiten establecer el ánimo de abandonar su cargo).

Coincidiendo con FERREIRA DELGADO en que se trata de un comportamiento que no debe quedar impune, participamos de la idea de PÉREZ en el sentido de que ello debe serlo -esto es, sancionarse- dentro de los marcos del abandono del cargo, más que dentro de los del abuso de autoridad.

1.3.2. *SIN JUSTA CAUSA.*

Según la actual redacción de la norma en comento, no basta con que un servidor público abandone su cargo para que, con ello, se entienda configurado el tipo penal contenido en el artículo 156 del Código Penal, siempre que es menester, además, que ese abandono del cargo (noción esa que deba ser ya conocida para esta altura de la exposición), se haya materializado sin que, en relación con el sujeto activo de tal infracción, pueda predicarse la mediación de una justa causa.

Lo que competería, entonces, sería determinar qué se entiende, precisamente, por justa causa, en relación con la conducta descrita en el aludido artículo 156 del Código Penal: Y para tales efectos, comencemos por clarificar si ese elemento sin justa causa es propio de la tipicidad, o si, por el contrario, es propio de la antijuridicidad, dentro de la estructura del hecho punible.

Somos del parecer de que, cuando el legislador ha previsto aquí la expresión sin justa causa, no creemos que esté aludiendo al hecho de que, en relación con el actuar del agente, no haya mediado una de las causales de justificación previstas en el artículo 29 del Código Penal, porque, de ser ello así, entonces sí tendría razón el profesor ANTONIO VICENTE ARENAS[727], cuando, sobre tal tópico, expresa:

> "No era necesario incluir el elemento "sin justa causa", porque cuando el abandono del cargo obedece a que el empleado tenía necesidad de salvar su vida gravemente amenazada o a cualquier otra circunstancia de justificación, la conducta deja de ser delictuosa, no por falta de tipicidad sino de antijuridicidad. Es como si en el homicidio se hubiese dicho: "el que matare a otro injustamente" (art. 323). O en el hurto: "El que se apodere indebidamente de una cosa mueble ajena" (art. 349).
> De acuerdo con los principios de la dogmática penal en la descripción del hecho punible (tipicidad) no deben mezclarse elementos que se relacionen con la antijuridicidad. Es obvio que todas las conductas des-

[727] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 80.

> critas en el Código Penal, para que constituyan delito, deben realizarse "sin justa causa" (art. 4o.) y "con culpabilidad" (art. 5o.)".

No creemos, como lo hace ARENAS, que ese elemento sin justa causa sea propio de la antijuridicidad de este hecho punible, atreviéndonos a sostener que, mejor y más exactamente, dice alusión a la tipicidad, porque preferimos nosotros acoger la explicación que en relación con tal apartado de la norma en comento, propone PÉREZ[728]:

> "Justa causa es todo motivo de especial valor o estimación para el empleado que le inhiba seguir en el cargo o que le impida desempeñarlo. Las causas son justas desde el punto de vista material, como cuando se afecta la seguridad, verbigracia, por situaciones de orden público o de peligro personal, o como cuando está de por medio la salud propia o la de miembros de familia. Y son justas desde el punto de vista sicológico, como cuando la libertad o la dignidad del empleado se colocan en duro trance por coacciones o humillaciones colectivas o de quienes ejercen influjo decisivo en una comunidad determinada. Entonces, el abandono del vecindario es apenas el precedente del abandono del cargo".

De esta manera, si justas causas, de cara a la absolución de un servidor público que, al menos en un primer momento, pareciera haber incurrido en un abandono del cargo, no son tan sólo las que contempla el artículo 29 del Código Penal, pudiendo observar un contenido más amplio, como ha sido ello puesto de presente con base en las enseñanzas de PÉREZ, debe colegirse que el elemento sin justa causa es propio de la tipicidad y no de la antijuridicidad: Con ello, inferimos que no solamente aparece como infundada la crítica de ARENAS a la redacción de la norma, sino que, de otra parte, establecemos que cuando en relación con una conducta específica medie una justa causa para que el titular de un cargo lo haya abandonado (sin que ello reporte forzosamente la deducción de una causal de justificación, en los términos del artículo 29 del Código Penal), habremos de decir que estamos en presencia de una conducta atípica y no de que una conducta típica se haya visto justificada.

En aval de nuestro criterio, permítasenos proponer o, mejor, recordar, el caso que se ha venido presentando en algunas zonas de nuestro país, eufemísticamente conocidas como "zonas rojas", en donde los grupos guerrilleros que en ellas operan, han librado algunas amenazas en contra de los alcaldes locales, lo que ha obligado a estos últimos a abandonar sus respectivos cargos: A pesar de que, a nuestro modo de ver, no media en tal actuar un real y verdadero estado de necesidad (en los términos de actualidad o inminencia que exige el numeral 5o. del artículo 29 del Código Penal), como tampoco ninguna otra de las circunstancias de justificación del hecho previstas en el artículo 29 del Código Penal, somos del parecer de que perfectamente se encuentra amparada por una justa causa, para

[728] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 312.

efectos de la desestructuración conceptual del tipo penal previsto en el inciso primero del artículo 156 del Código Penal, el hecho de que tales funcionarios, eventualmente, abandonen sus cargos, ya que, en nuestro sentir, no puede el derecho, y mucho menos el derecho penal, exigir actos heroicos de parte de sus destinatarios: El derecho penal es obra de humanos, para humanos y, por consiguiente, debe tener en cuenta las falencias, errores y temores que afligen y embargan a los seres humanos, y no exigirles actuaciones o conductas allende sus posibilidades humanas.

En todo caso, en relación con el cargo que se abandona por parte del servidor público, en el tipo penal que nos ocupa, podemos decir, respecto suyo, que es indiferente su naturaleza (esto es, que no importa para la estructuración de la conducta típica, si es un cargo transitorio o permanente; de carrera o de libre nombramiento y remoción; de elección o de designación, etc.), así como la función que en concreto debe cumplirse por parte del servidor público (que tanto puede ser intelectual como material, pues que ello no interesa tampoco de cara a la estructuración de la conducta en tanto típica).

2. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

2.1. TENTATIVA.

Nos preguntamos aquí si el abandono del cargo es uno de aquellos delitos que admiten la forma imperfecta de la tentativa: Y, no obstante que hemos sostenido que se trata de un delito de peligro (en la medida en que no es necesario que se produzca ningún resultado material adicional al simple abandono, ya que ni siquiera es necesario que se evidencie o patentice un perjuicio ni para la administración ni para los coasociados, como ha quedado ello visto), creemos que es este un delito que, en algunas hipótesis, puede admitir la tentativa, como que, por ejemplo, es perfectamente viable que un médico de un hospital rural, cargo para el cual fue designado para o por un período de tiempo determinado, deba ser sancionado a tal título (esto es, el de la tentativa), cuando se tiene conocimiento que, no obstante faltar aún gran parte del tiempo correspondiente al período de su cargo, ha dispuesto todo lo necesario para su desplazamiento hacia la capital del departamento, como que ya alquiló una habitación para él y su familia; celebró contrato de trabajo con alguna entidad de la salud, a fin de prestar sus servicios profesionales en ella (la misma que se encuentra localizada en la capital); ha accedido a un postgrado en medicina, y cancelado los estipendios correspondientes a la matrícula, etc. .

Podrá decirse, en tal hipótesis, que esos actos cumplidos por ese médico no se encuentran inequívocamente dirigidos a la consumación del abandono del cargo?. Podrá sostenerse la tesis de que se trata allí de meros actos de preparación que no han de ser sancionados? Nosotros creemos que se trata allí, de actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación de esta forma delictual, la misma que no llega a consumarse por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, lo que si

bien no nos permite encuadrar su conducta como completa, frente a la consumación del delito, sí nos habilita para hacerlo a título de tentativa.

2.2. CONCURSO DE TIPOS PENALES.

Concurrirá el abandono del cargo, establecido en líneas generales para todos los servidores públicos, con el abandono del puesto de que trata el Capítulo I del Título II del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), con el abandono del servicio de que trata el Capítulo II ejusdem, o, finalmente, con la deserción de que se ocupa el Capítulo III del mismo Título del Código Penal Militar?

Partiendo de la premisa de que en ambas codificaciones se alude al mismo fenómeno, a saber, el caso del servidor que abandona su cargo sin justa causa, es lo cierto que las normas contenidas en el Código Penal Militar resultan ser más específicas para el caso concreto del militar que abandona el comando, su puesto, el servicio o que, finalmente, deserta: Por ello, esto es, en atención a la especificidad del sujeto activo y del cargo en concreto abandonado por el militar, aparte de que según lo dispuesto en el artículo 14 del Código Penal Militar "las disposiciones de este Código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio", sostenemos nosotros que no es dable predicar la patentización de un concurso de tipos entre el "abandono del cargo" del artículo 156 del Código Penal, y cualquiera de las conductas previstas en los artículos 108 y subsiguientes del Código Penal Militar, de tal manera que, en el evento en que un militar abandone el comando, el puesto o el servicio, según el caso, lo que habrá de aplicarse con respecto suyo son las reglamentaciones previstas en el Código Penal Militar, y no las contempladas en el Código Penal, perdiéndose así toda posibilidad de concurso de tipos penales: Dicho de otra manera, se trata allí, tan sólo, de un concurso aparente de tipos penales, que se resuelve por el principio de la especialidad.

Empero, se plantea de otra parte la posibilidad de que el abandono del cargo previsto en el artículo 156 del Código Penal concurra con la reglamentación contenida en los incisos primero y segundo del artículo 196 de la Constitución Nacional, teniendo en cuenta que este último artículo dispone:

> "El Presidente de la República o quien haga sus veces, no podrá trasladarse a territorio extranjero durante el ejercicio de su cargo, sin previo aviso al Senado o, en receso de este, a la Corte Suprema de Justicia.
> La infracción de esta disposición implica abandono del cargo" (Subrayas fuera del texto).

Nosotros creemos que no, porque lo que se presenta allí es un claro ejemplo de paratipicidad, esto es, de un tipo penal contenido en ordenamientos jurídicos ajenos al penal, que remite a este último ordenamiento para efectos de la determinación de la sanción imponible. Por ello, pues, descartamos la posibilidad de deducir un concurso de tipos penales, en un evento como el propuesto, esto es, que el Pre-

sidente de la República se traslade a territorio extranjero sin pedir la respectiva autorización pertinente, lo que tendríamos que hacer, en relación con el aludido Presidente, sería aplicar lo dispuesto en el artículo 156 del Código Penal.

3. PUNIBILIDAD.

Dispone el inciso primero del artículo que se examina, que al servidor público que tal conducta materialice, habrá de imponérsele una sanción consistente en la "interdicción de derechos y funciones públicas de uno a tres años". Y que si el agente delictual ejerce autoridad o jurisdicción o es empleado de manejo, habrá de imponérsele, además, pena de arresto por un término de seis (6) meses a dos (2) años.

Tal reglamentación nos lleva, entonces, a examinar varios asuntos: Primero, cuál es el sentido de la agravante. Segundo: Qué se entiende por autoridad, jurisdicción o manejo. Y tercero: si tiene o no sentido o razón de ser esta disposición, dentro de la ley penal.

- Cuanto a lo primero, justo será reconocer que no tendrá el mismo alcance, que no reportará la misma gravedad, el hecho de que quien abandone su cargo sea un servidor público común (como podría serlo, por ejemplo, la maestra de la escuela oficial), a que ese mismo comportamiento lo observe una de las personalidades de la administración central, como sería el caso, por ejemplo, del Fiscal General de la Nación o el Procurador General de la misma o, incluso, el mismo Presidente de la República: Por ello, acogiendo la idea de que reporta un mayor grado de injusto (por la mayor lesividad objetiva de la conducta observada), y, si se quiere, un mayor grado de culpabilidad (por los especiales conocimientos, capacidades, asesorías y responsabilidades propias, inherentes o exigidos para el desempeño del cargo para el cual fue inicialmente fungido ese servidor público), la ley penal establece una mayor sanción para estos segundos eventos, que para los primeros, lo que puede comprobarse con una simple lectura del contenido normativo de los dos incisos de la norma en comento.

- En cuanto a lo segundo, esto es, a lo que se entiende por autoridad, jurisdicción o manejo, podemos decir, siguiendo en parte a GÓMEZ MÉNDEZ que el concepto de autoridad está vinculado al de poder jerárquico sobre otros servidores o de mando sobre la comunidad en general, cual es el caso de los gobernadores o alcaldes, respecto de sus subalternos; que el de jurisdicción se relaciona con el ejercicio de las funciones inherentes a la rama jurisdiccional del poder público, cual es el caso de los magistrados, jueces y fiscales de las diversas categorías e instancias; y, finalmente, que son empleados de manejo, aquellos cuya actividad está vinculada a la administración de bienes, como es el caso de pagadores, tesoreros, ordenadores del gasto, etc..

En relación con todos ellos, "la circunstancia de agravación surge del hecho de que en estos casos la posibilidad de daño para la administración es considerablemente mayor", como que no es lo mismo, ciertamente, el abandono del cargo

materializado por el portero de un edificio, que el realizado por un juez, alcalde o gobernador.

- Finalmente, en cuanto toca con lo tercero, es decir, con la necesidad de permanencia de este tipo penal, con la circunstancia de agravación punitiva contemplada en el inciso segundo, nos atreveremos a decir que perfectamente podría ser ella despenalizada, entendiendo por tal mantener esta conducta como ilícita, pero en otro terreno jurídico, como sería, para el caso concreto, el administrativo. Tal criterio, por lo demás, se fundamenta en dos realidades: De una parte, que si de lo que se trata es de sancionar al funcionario que, objetiva o subjetivamente (según la distinción por nosotros anteriormente trazada), abandona su cargo, ello puede hacerse mejor, más efectiva, más rápida y, si se quiere, de manera más intimidante, en el plano del puro derecho administrativo-disciplinario, que en el propio ámbito jurídico penal; y de la otra, que si se revisan las sanciones finalmente imponibles a quien un tal proceder observó, se concluirá, irremediablemente, que ellas podrían ser impuestas como consecuencia de una actuación administrativa-disciplinaria, y no (sin necesidad), de una actuación jurídico-penal.

CAPÍTULO SÉPTIMO

ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES

0. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

El artículo 157 del Código Penal actualmente vigente -con las modificaciones al mismo introducidas por los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1995-, encuentra su antecedente legislativo inmediato en el artículo 179 del Código Penal de 1936, el mismo que observaba el siguiente tenor literal:

> "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, incurrirá 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 y 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".

Como se ve, con independencia de las consideraciones que como resultado del cotejo de esa disposición con la actualmente vigente, era esa, ciertamente, una norma bastante antitécnica, no sólo desde el punto de vista lingüístico, sino, también, desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico:

Lo primero, porque se partía de la consideración de un sujeto plural para la acción ("los empleados del orden judicial"), para luego establecer, con respecto a ese número plural de personas, un predicado singular ("incurrirá en..."), lo cual, como decíamos, desde el punto de vista puramente lingüístico, no aparecía como acertado, si se tiene en cuenta que frente a una acción potencialmente desplegable por un número plural de personas, debe adscribirse un predicado que denote una consecuencia igualmente plural: Así, aunque ello no tenga actualmente demasiada trascendencia, a la vista de la derogatoria de esa disposición por la actualmente vigente, debiera haberse dicho en tal disposición: "El empleado del orden judicial...incurrirá".

Lo segundo, esto es, los defectos de técnica legislativa, se sostenía en dos razones fundamentales:

- Una, que no resulta lógico, adecuado ni técnico, establecer un tipo penal básico agravado, para luego establecer un tipo penal subordinado privilegiado: Dicho de otra manera, no parece consultar una adecuada técnica legislativa, el hecho de que partiendo de un tipo penal que contempla una determinada sanción, para un grupo específico de destinatarios, se establezca a continuación una sanción atenuada, para un grupo más amplio de eventuales destinatarios de la norma. Lo pertinente, lo procedente, lo adecuado, es invertir la fórmula de redacción: Partiendo de un tipo penal verdaderamente básico, desde el punto de vista ontológico y axiológico, se debe y puede establecer uno o varios tipos penales subordinados, que reporten como consecuencia jurídica una pena más benigna, si se tiene en cuenta que se alude a un grupo de potenciales destinatarios más reducido, que el contemplado en la hipótesis primaria. De esta manera, en nuestro sentir, la norma debiera haberse redactado exactamente a la inversa, esto es, sancionando a todos los servidores públicos que observasen este comportamiento punible, con una determinada sanción; y luego, en relación con los empleados de la rama jurisdiccional del poder público, así como los del Ministerio Público, establecer una agravante específica.

- La otra, como más adelante se verá, que no parecía ser muy clara ni exacta, la conducta requerida para la materialización de este tipo penal, en la medida en que aparecía como excesivamente abierta, al referirse alternativamente a comportamientos tales como ser mandatario, abogar y aconsejar.

Por ello, cuando el artículo 157 del Código Penal de 1980 -modificado, cono se ha dicho, por el Estatuto Anticorrupción- dispone:

> "El [servidor público] 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 [entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes] 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".

debe y tiene que reconocerse qué, a más de esas variaciones en los verbos rectores del tipo, tanto como de la caracterización del sujeto activo del mismo, ha mediado un acogimiento de las observaciones por nosotros anteriormente formuladas, en cuanto hace relación con el orden de los incisos de este artículo.

1. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

1.1. LOS SUJETOS.

1.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Atendiendo a la redacción que actualmente observa la norma que nos ocupa, tendríamos que decir, al menos en un primer momento, que sujeto activo de esta infracción a la ley penal podría serlo, debería serlo, un servidor público, tanto de

derecho como de hecho, en los términos y condiciones ya indicadas en relación con el artículo 63 del Código Penal, modificado, como es ampliamente conocido, por el artículo 18 de la pluricitada ley 190 de 1995.

Es claro, en todo caso, que esa calidad de servidor público que aparece como constitutiva de este tipo penal, debe ser por el agente ostentada al momento de prestar la asesoría, de representar a la parte interesada o de desplegar la labor de litigio: De esta guisa, si de lo que se trata es de que el ex-servidor ha prestado su asesoría, ha representado o litigado ante la entidad ante la cual laboraba anteriormente, antes de que transcurran los períodos de tiempo que para tal efecto ha dispuesto la ley, lo que se tendrá será una violación al régimen de inhabilidades, que habrá de sancionarse, en su caso, bien dentro de otro tipo penal, bien conforme a la sanción jurídica dispensable al acto jurídico afectado por una circunstancia configurante de nulidad.

Sin embargo, pese a la inicial claridad aparente de la norma en comento, un análisis un poco más detenido de la conducta aquí acriminada, forzosamente, ha de conducirnos al reconocimiento y admisión de algunas excepciones a tal principio, como que, ciertamente, existen dentro del sistema jurídico nacional, algunos cargos o empleos públicos (que, consecuencialmente, son desempeñados por servidores públicos), que encuentran como misión, como función, la de asesorar a los particulares, en la atención de sus asuntos, tanto privados como públicos: En efecto, existen dentro del panorama jurídico nacional, obviamente con fundamento constitucional, algunos cargos públicos que tiene como cometido fundamental, por no decir que esencial, el de asesorar a los particulares, por vías de lo cual habría de concluirse que, en tales eventos, estamos en presencia de servidores públicos que resultan excluidos, automáticamente, de la posibilidad de alcanzar la categoría de sujetos activos, en relación con el tipo penal que comentamos.

1.1.1.1. *EL DEFENSOR DEL PUEBLO.*

Comencemos por recordar, por ejemplo, el hecho de que conforme a lo dispuesto en el numeral 1o. del artículo 282 de la Constitución Nacional, es función primordial del Defensor del Pueblo la de

> "Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado".

y se colegirá que, sin duda, para el caso concreto, tal servidor público se encuentra excluido, por virtud de tal mandato constitucional, de la categoría de sujeto activo del asesoramiento ilegal que consagra el artículo 157 del Código Penal, en la medida en que, como se ha visto, es la suya, precisamente, una función de asesoría para los habitantes del territorio, así como de los nacionales en el extranjero, ante lo cual resultaría contradictorio, por decir lo menos, que estuviese tal funcionario incluido en el mosaico de eventuales sujetos activos de esta infracción.

Más aún, repárese en las funciones que al Defensor del Pueblo adscribe el artículo 9o. de la ley 24 de 1992 (Orgánica de la Defensoría del Pueblo), y se comprenderá que, de manera concreta, en muchas oportunidades se le confía la obligación de asesorar, representar y gestionar por cuenta o en favor de los aludidos habitantes del territorio nacional, con todo lo cual se concluye que es este, cuando menos, un caso que plantea excepciones al principio general de que cualquier servidor público puede ser sujeto activo de esta infracción a la ley penal.

1.1.1.2. *EL MINISTERIO PÚBLICO.*

Pero es que, como si lo anterior fuera poco, es específicamente una función de asesoría, representación y litigio, la que el propio Código de Procedimiento Penal, en el Capítulo II de su Título III, confía al Ministerio Público dentro del proceso penal, no sólo por cuenta de los delegados de la Procuraduría General de la Nación, sino, en los procesos de competencia de los Juzgados Penales Municipales y los Fiscales Delegados ante Jueces del Circuito, a los Personeros Municipales (artículo 131 A, Código de Procedimiento Penal, adicionado por el artículo 21 de la ley 81 de 1993), con lo que una nueva excepción al principio general de que todos los servidores públicos pueden ser sujetos activos de esta infracción a la ley penal, se plantea aquí.

1.1.1.3. *LOS ABOGADOS DEL INPEC.*

Una muy interesante excepción al principio que se viene examinando, es la que contempla el artículo 178 del decreto 407 de Febrero 20 de 1994 (Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario), al disponer:

> "ART. 178. NOMBRAMIENTO DE ABOGADO. - Cuando en actos del servicio o con ocasión del mismo, a un miembro del Cuerpo de Custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, se le imputare un hecho punible, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, estudiadas las circunstancias, podrá nombrarle un abogado para que lo asista durante el proceso penal, escogido dentro de los abogados de la Institución o aquellos contratados para defender los intereses de la Institución". (Negrillas fuera del texto).

1.1.2. *SUJETO PASIVO.*

Sujeto pasivo de esta figura delictual no es otro que el Estado, en tanto titular del bien jurídico tutelado que, por supuesto, es la administración pública.

Sin embargo, cabría analizar la posibilidad de que un particular pudiese aparecer como perjudicado con la comisión de una de estas infracciones, cuando, por ejemplo, de la asesoría dispensada por un servidor público a otro particular, en contravía con la prohibición contenida en esta norma, se siguiese él la materialización de perjuicios.

1.2. LOS OBJETOS.

1.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

El legislador, con el ánimo de moralizar la actividad administrativa o pública de ciertos servidores, ha elevado a la categoría de infracción a la ley penal el hecho de que aquellos adquieran una doble posición: la de funcionarios públicos y la de gestores de intereses particulares, pues que, evidentemente, por tal vía se desprestigiaría el buen nombre de la administración, a tiempo que, de otra parte, como ha sido ello ya puesto de presente, coloca al particular que se sirve de la actividad gestora del funcionario, en una posición ventajosa frente a su contrincante o contraparte, lo que no es justo ni equitativo[729], como que se quebrantaría así el principio de igualdad ante la ley.

Como si todo lo anterior fuera poco, cabe tener en cuenta el criterio presentado por PÉREZ[730], según el cual la acriminación de esta conducta se fundamenta, igualmente, en el hecho de que quienes actúan en favor o en contra de los intereses públicos o particulares, pervierten la rectitud o imparcialidad que debe asistir a los agentes del poder, que dejan así de ser fieles a su encargo y, ordinariamente, cultivan una fuente ilícita de utilidades, ya que las conductas descritas son, comúnmente, remuneradas y que se llevan a cabo sacrificando el tiempo que debería destinarse a la atención de la administración.

1.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

El objeto material propio de esta infracción penal es de naturaleza ideal, como que está representado, en un primer momento, por el organismo, ente o cargo público al cual sirve el servidor público que tal asesoría, consejo o patrocinio dispensa de manera ilegal. Evidentemente, en un segundo momento, la conducta objetiva o externa configurante de este comportamiento delictual, estaría representado en la asesoría, en la gestión, en el litigio o en la representación desplegados, sin que deba o pueda confundirse la acción con el resultado: Dicho de otra manera, una cosa es la actividad o acción de asesorar, y otra, muy distinta, el resultado de allí derivado, que es la asesoría, en sí misma considerada.

1.3. LA CONDUCTA.

Desde el momento en que se trata aquí de un tipo penal alternativo, hemos de decir que la conducta objetiva o externa que caracteriza esta infracción, puede consistir en una de cuatro actividades, según la denotación que comportan los cuatro verbos aquí empleados: representar, litigar, gestionar o asesorar. Con todo, justo es reconocer que tales formas comportamentales, para que sean configurantes de una conducta típica dentro de los moldes propios del artículo 158 del Código Penal, deben haberse materializado conjugando, al mismo tiempo, un elemento

---

[729] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 223.

[730] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 313.

descriptivo de carácter modal, cual es el de que se ejecuten, se realicen, de manera ilegal, con lo cual se colegiría que, a más de ser un tipo alternativo, es este un tipo compuesto.

1.3.1. *LOS VERBOS RECTORES.*

ORTIZ RODRÍGUEZ[731] considera que, finalmente, los cuatro verbos rectores utilizados en el texto para denotar la acción, tienen el sentido de "abogar", coligiendo que la acción, en esta conducta delictual, "consiste en interceder o hablar en favor de uno en asunto judicial, administrativo o policivo; en defender en juicio, de palabra o por escrito", con lo cual parece introducir la idea de que es este un tipo penal aplicable solamente a los abogados, en criterio que es expresamente compartido por GÓMEZ MÉNDEZ[732], para quien "en esta norma se sanciona la indebida participación del empleado oficial en el ejercicio de la profesión de abogado", como que, agrega, todos los verbos rectores aquí utilizados, "están directa o indirectamente relacionados con el ejercicio de la profesión de abogado, ya sea en ramo puramente judicial, o en el administrativo o en el policivo"[733].

Verdaderamente, dada la redacción de la norma en examen, no parece ser posible conclusión diferente, en la medida en que se conecta la representación, asesoría, litigio o asesoría, con un asunto judicial, administrativo o policivo, en actividad que puede ser desarrollada, al menos en principio, por un abogado: No sería entonces punible, conforme a esta disposición, la asesoría que, dentro de su horario de trabajo, dispensara un funcionario de la secretaría de agricultura a un cultivador, en relación con los cuidados o atenciones que debe dispensar a su plantío, en la medida en que no es esa forma de asesoría la que aquí se está sancionando. Y no lo está, porque con tal forma de asesoría no se está desfigurando la buena imagen, ni se está atentando contra el buen nombre de la administración, a tiempo que, mucho menos, se está atentando con ello contra el principio de igualdad ante la ley.

Empero, la apreciación contenida en el párrafo que antecede, admite y debe ser precisada en un particular sentido: Del hecho de que se diga que es esta una acriminación para la conducta propia de un abogado, no se sigue que, necesariamente, haya de ostentar la condición de abogado titulado quien esta conducta punible observa, pues que no existe tal exigencia dentro de la norma, a fuer de que ello no es

---

[731] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 141.

[732] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 139.

[733] En proveído de Abril 7 de 1987, con ponencia del Dr. Guillermo Dávila Muñoz, la Corte indicó:

"Del texto se tiene que la conducta sancionada consiste en representar, litigar, gestionar o asesorar, ilegalmente, en asunto judicial, administrativo o policivo. Son cuatro los verbos usados por el Legislador que en verdad todos conducen a una misma acción: "abogar", vocablo que significa ejercer la profesión de abogado, o también defender en juicio, o interceder en favor de otra persona o de uno mismo, ya sea de palabra o por escrito".

rigurosamente requerido para la consumación de una de estas conductas. En otras palabras, no es este, finalmente, un tipo penal que pueda ser aplicado, tan sólo, a los abogados titulados que ejercen como servidores públicos, por la sencilla razón de que se puede, por ejemplo, representar o asesorar, sin detentar siquiera la calidad de abogado o, siéndolo, sin contar con el respectivo título profesional (cual es el caso de muchas personas que desempeñan cargos públicos, luego de haber terminado sus estudios profesionales de abogacía, pero sin haber obtenido aún el correspondiente título profesional). En una palabra, la calidad de abogado titulado sólo sería necesaria, indispensable, para litigar, recordando que según lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 196 de 1991 (Estatuto del Ejercicio de la Abogacía),

> "Nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, sin perjuicio de las excepciones consagradas en este decreto.
> La violación de este precepto no es causal de nulidad de lo actuado, pero quienes lo infrinjan estarán sujetos a las sanciones señaladas para el ejercicio ilegal de la abogacía".

De paso, valdría la pena recordar que las excepciones a que alude el artículo que acaba de transcribirse, no son otras que las contempladas en los artículos 28 (procesos de mínima cuantía, acciones públicas de petición, diligencias administrativas de conciliación, actos de oposición en diligencias judiciales o administrativas), 29 (asuntos de policía, primera instancia en procesos de menor cuantía), 30 (consultorios jurídicos y estudiantes a ellos adscritos, en procesos menores), 31 (estudiantes egresados de las facultades de derecho, no graduados) y 35 (asuntos puramente administrativos), del mismo decreto 196 de 1991.

Es claro, entonces, que bien puede, inclusive, darse el caso de un servidor público que, sin ser abogado siquiera, o siendo abogado mas no titulado, litigue en asunto propio o ajeno, contraviniendo la prohibición aquí examinada: Por ello, decimos, no es esta una norma que apunte de manera exclusiva, al caso de los abogados titulados que fungen como servidores públicos, como que se puede asesorar, representar y gestionar, sin necesidad de ostentar la condición de abogado, de una parte; y de la otra, que inclusive se puede llegar a litigar, sin necesidad de ser abogado, en unos casos, y en otros, sin necesidad de ser abogado titulado.

Representar es sustituir a uno o hacer sus veces, según una de las acepciones del término, según el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA[734], de donde se sigue, como ha sido ello propuesto, que el representante no requiere necesariamente, y en todos los casos, la calidad de abogado.

Litigar, por su parte, significa "pleitear, disputar en juicio sobre una cosa"[735]. Y aunque PÉREZ[736] dice que "para el litigio se requiere la calidad de abogado", nosotros creemos haber demostrado en acápites anteriores, que ello no es rigurosamente cierto.

---

[734] Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*... Tomo II. Pág. 1175.

[735] Ibídem, pág. 838.

[736] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 314.

Gestionar, a su turno, es "hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera"[737]. Finalmente asesorar es "dar consejo o dictamen, tomar consejo del letrado asesor, o consultar su dictamen"[738]. El asesor, dice PÉREZ[739] señala los puntos que otro debe sostener, previene los tropiezos, selecciona las pruebas, analiza documentos, en fin, cumple una tarea discreta, a veces lejana, continua o intermitente de información y encarecimiento de medios para el desarrollo de una empresa o la consecución de determinado fin.

1.3.2. *EL ELEMENTO DESCRIPTIVO MODAL DEL TIPO: EL CARÁCTER ILEGAL DE LA ASESORÍA DISPENSADA.*

Ya se ha visto que en algunas ocasiones, esa asesoría es el objeto mismo de la misión que a título oficial desempeña el servidor público, hipótesis en la cual no podría pregonarse la existencia de conducta delictiva alguna, por no ser siquiera típica. Empero, con el propósito, no de subrayar tal idea (pues que ello, a nuestro modo de ver, resultaría repetitivo y, consecuencialmente, innecesario), sino de ampliarlo hacia otras eventualidades, el legislador ha estimado prudente y pertinente cualificar la forma en que debe ser desarrollada la conducta ejecutiva propia de esta infracción: No basta, según el contenido de la disposición que nos ocupa, con que el servidor público asesore; es menester, además, que lo haga de manera ilegal, en lo que nosotros evaluamos como un elemento específico de carácter descriptivo modal del tipo, si bien GÓMEZ MÉNDEZ[740] postula que es ese un elemento meramente normativo.

Dejando en claro, pues, que hay agentes de la administración cuyo cometido fundamental es el de representar a una entidad o algún sector social, o el de intervenir en los litigios en nombre de ellos, o gestionar de su parte o asesorarlos, como ha sido ello ya explicado, no puede tampoco perderse de vista que hay hipótesis en las cuales, sin que opere una de tales circunstancias objetivas, puede sí mediar una circunstancia de orden subjetivo que excluya la conducta del juicio de ilegalidad que exige la norma para la estructuración del delito, razón por la cual puede decirse que es este un tipo, a más de alternativo y compuesto, traduce una norma (tipo) penal en blanco, en la medida en que hay qué recurrir a otros ordenamientos, como sería, por ejemplo, el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, en aras de determinar qué es lo que puede y no puede hacer un determinado servidor público en este sentido.

Con este propósito, por ejemplo, cabe resaltar dos puntos: uno de índole legal, y otro de índole jurisprudencial.

---

[737] Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española...* Tomo I. Pág. 688.

[738] Ibídem, pág. 138.

[739] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 314.

[740] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 139.

Respecto de lo primero, debe recordarse que conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del ya citado decreto 196 de 1991,

> "No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos:
> 1o.) Los empleados públicos y los trabajadores oficiales, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se lo permita. Pero en ningún caso los abogados a contrato podrán litigar contra la Nación, el departamento o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones.
> 2o.) Los senadores de la República, representantes a la Cámara, diputados a las Asambleas, consejeros intendenciales y comisariales y concejales distritales y municipales, en los casos de incompatibilidad señalados en la Constitución y la ley.
> 3o.) Los militares en servicio activo, con las excepciones consagradas en el ordenamiento procesal penal militar.
> 4o.) Los que estén privados de su libertad como consecuencia de un auto de proceder, excepto cuando la actuación sea en causa propia, sin perjuicio de los reglamentos carcelarios".

Cuanto a lo segundo, debe resaltarse el hecho de que en auto de Junio 17 de 1980, reiterado en auto de Septiembre 6 de 1983, la H. Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, puntualizó:

> "Para saber cuándo se está o no dentro de las circunstancias que menciona esta norma, es muy importante tener en cuenta el derecho protegido a través de ella.
> Se trata, como lo ha dicho la Sala, de la independencia de la administración de justicia y la rectitud del comportamiento oficial, en cuanto los funcionarios de la rama jurisdiccional y del ministerio público no deben intervenir en asuntos en que se debatan intereses enfrentados, echando el peso de la autoridad en favor de una de las partes.
> Porque la intervención de quien está investido de tales funciones oficiales, rompe el necesario equilibrio que debe haber en esos casos, entre las partes.
> Pero donde no hay ese enfrentamiento y no existe, por lo tanto, posibilidad de que se perturbe una situación de igualdad, no se lesiona el bien jurídico tutelado y no puede decirse que existe el daño que ha querido evitar el precepto que rige la disposición penal".

Mas aún, tiénese que ese pronunciamiento fue ratificado por la misma Corte Suprema de Justicia, en providencia de única instancia, proferida el día 13 de Septiembre de 1984, cuando se manifestó:

> "No se trata de saber en qué asuntos se puede litigar o abogar sin ser abogado inscrito sino de saber si existen excepciones a la prohibición penal para los empleados del orden judicial y del ministerio público de litigar o abogar en causa propia o ajena.

> La jurisprudencia reconoce que estos funcionarios o empleado públicos no pueden intervenir por sí mismos en asuntos donde exista o pueda hipotéticamente existir controversia entre partes como acontece en los juicios civiles, laborales, penales o administrativos. En consecuencia, están facultados para formular peticiones dentro de un diligenciamiento prestacional de carácter oficial y asunto puramente administrativos o fiscales donde no hay ni puede haber disputa de intereses entre partes. De lo contrario deben constituir apoderado".

Con sujeción a lo anterior, entonces, se resuelve, por ejemplo, el caso del servidor de medio tiempo que, perfectamente en nuestro sentir, mientras en ello no se comprómeta la administración pública, podría asesorar, aconsejar y, aún litigar, en favor o en nombre de terceros, debiéndose entender la suya como una actuación puramente legal, ajena a los contenidos punitivos de esta disposición[741].

2. CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA.

A nivel de su inciso segundo, el artículo 157 del Código Penal contempla una circunstancia específica de agravación punitiva en los siguientes términos:

> "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".

Y es que, verdaderamente, resulta ser objetivamente más grave la conducta contraria a esta prohibición patentizada por parte de un servidor público sin mayores cualificaciones, a la que realiza un funcionario o empleado de la rama jurisdiccional del poder público, o un agente del Ministerio Público en su caso, no sólo porque ellos, en tanto abogados, deben (tienen) que conocer de la prohibición (con lo cual se apunta al elemento intelectivo del dolo, reportando un mayor grado de culpabilidad), sino porque se conjuga una mayor lesividad para la administración pública, entendida en sentido general, cuando es un juez o un agente del ministerio público quien este actuar materializa (mayor grado de injusto).

En otras palabras, cuando se está en presencia de tales agentes delictuales, se está en presencia de quienes de manera directa atienden y resuelven los litigios y asuntos judiciales, por manera que se supone que deben conocer ellos los contenidos del principio del debido proceso y del principio de igualdad frente a la ley,

---

[741] En proveído de Agosto 26 de 1985, con ponencia del Dr. Alfonso Reyes Echandía, la Suprema Corte afirmó:

"El art. 157 C.P. sanciona al empleado oficial que "ilegalmente" represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo.

Del ingrediente normativo "ilegalmente" contenido en dicho tipo penal, despréndese necesariamente que no toda conducta de un empleado oficial consistente en representar, litigar, gestionar o asesorar, se adecua a esa descripción, sino que de esta escapan aquellos comportamientos que no le estén expresamente prohibidos por la ley".

que se estarían quebrantando cuando ellos prestan tal asesoría, afectando por tal vía el buen nombre y la buena imagen de la administración; sino que, por ese mismo camino, se afecta la pulcritud, rectitud e imparcialidad que debe presidir la actuación de esta clase de servidores públicos, amén de que se afecta la disponibilidad de los aludidos funcionarios, que deben estar siempre al servicio de la administración (y no de intereses ajenos o diferentes).

Finalmente, en cuanto hace referencia a este punto, cabría resaltar el hecho de que, según los mandatos contenidos en este inciso, la pena mínima a tales funcionarios imponible, sería de arresto de 8 (Ocho) meses, multa de $1.333,33 (Mil trescientos treinta y tres pesos, con treinta y tres centavos) e interdicción de derechos y funciones públicas por 16 (diez y seis) meses, si se incrementan los mínimos imponibles en la forma delictual básica, en una tercera parte.

3. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

3.1. FORMAS IMPERFECTAS.

Partiendo de la base de que se trata de un tipo penal de conducta alternativa, habría de distinguirse si conforme a cada una de ellas es o no posible que se conjugue la forma imperfecta de la tentativa: Es posible, a nuestro modo de ver, que se presente una forma meramente tentada, en el litigio y, acaso, en la representación, bajo el entendido que debe mediar un acto de apoderamiento y una constitución formal como mandatario; empero, no lo vemos tan factible en la asesoría y en la gestión, en donde no es ya necesario tal mandato, y que basta con que se realice tal conducta (de asesorar o de gestionar).

3.2. PARTICIPACIÓN.

Según la tesis que ha sido por nosotros presentada y defendida a todo lo largo de este estudio, se podría presentar el caso de que un particular obrase, en relación con esta figura delictual, bien a título de determinador o de cómplice, mas no de autor material, por ser este un tipo penal de sujeto activo propio o calificado.

3.3. CONCURSO DE TIPOS PENALES.

Debe diferenciarse claramente entre el prevaricato por asesoramiento ilegal y el abuso de autoridad por asesoramiento ilegal, en la medida en que entre tales tipos se presenta un concurso meramente aparente: Mientras el primero, contenido en el artículo 151 del Código Penal, se trata de que el funcionario dispense tal asesoría a una persona que gestione cualquier asunto en su despacho; en el segundo, consagrado en el artículo 157 que viene siendo analizado, esa asesoría se dispensa en relación con un asunto que tramita otro funcionario u otro despacho judicial o administrativo.

De esta manera, si el secretario de un juzgado civil asesora a una de las personas que tramita un proceso de lanzamiento en ese mismo despacho, sobre la forma, oportunidad o contenido en que debe presentar un determinado memorial,

estaría incurriendo en prevaricato por asesoramiento ilegal. Pero si ese mismo secretario asesora a esa misma persona, en relación con un proceso que por alimentos adelanta en otro Despacho, estaría incurriendo en un abuso de autoridad por asesoramiento ilegal.

4. EVALUACIÓN GENERAL.

Se pregunta aquí si aparece como verdaderamente necesario este tipo penal, dentro de la ley penal colombiana, sobre la base de una pregunta única: Se está garantizando por este medio la pulcritud de la administración?.

Para responder a tal cuestionamiento, invocaríamos nosotros dos principios fundamentales, basilares, del derecho penal: El primero, el de que el mismo observa, debe conjugar, un carácter fragmentario; y el segundo, el de "última ratio". Y si ello es así, somos del parecer de que es este otro tipo penal que, perfectamente, podría y debería ser despenalizado por cambio de ordenamiento jurídico, toda vez que resultaría más efectiva, más ágil y, si se quiere, más intimidante, una actuación de corte administrativo, que una de corte penal, como hasta ahora se viene haciendo.

CAPÍTULO OCTAVO

INTERVENCIÓN EN POLÍTICA

0. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Como de vieja data aparece la aspiración del legislador nacional, a nuestro modo de ver completamente desconectada de la realidad nacional, de que los servidores públicos se mantengan al margen de las actividades proselitistas y/o partidistas, en una palabra, de las actividades políticas.

En efecto, tal como lo recuerda ARENAS[742], fue en el artículo 8o. de la ley 60 de 1930, donde por primera vez dentro la historia jurídica nacional se prohibió a los funcionarios del denominado poder judicial, de lo contencioso administrativo y del Ministerio Público, tanto como a los empleados administrativos del orden nacional, departamental y municipal, "formar parte de directorios o comités políticos", así como "poner al servicio de la política las funciones que ejerzan". Esta prohibición se repitió, aunque en términos más amplios, en el artículo 18 del denominado Código Judicial (ley 105 de 1931), cuando se estableció que los empleados a que dicho artículo se refería, no podían "hacer parte de directorios políticos" (al igual que acontecía en la norma precedente), pero agregándoles que no podían, tampoco, "intervenir en debates públicos de ese carácter" (es decir, de carácter político).

Por ello, no debe extrañar que en el artículo 180, el Código Penal de 1936 (que, como hemos visto, aparece como el antecedente legislativo inmediato del Código Penal actualmente vigente), dispusiese:

> "En la misma sanción establecida en el primer inciso del artículo anterior [arresto de un mes a dos años e interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término, aclaramos], incurrirá el funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de ese carácter".

Y ya desde esa misma época, tal disposición era objeto de agudas críticas, como que un comentarista de la época, a saber, el profesor BERNAL PINZÓN[743], en relación con la misma, apuntaba que

> "...la aplicabilidad de la norma, y más que ello, su utilidad en la práctica, resulta totalmente inoperante, puesto que, por lo menos mientras rijan las normas plebiscitarias, los empleos públicos (nacionales, departamentales, municipales y los de las empresas semioficia-

---

[742] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 82.

[743] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 229-230.

> les o institutos descentralizados), deberán distribuirse en forma paritaria entre los dos partidos políticos tradicionales, de suerte que los empleados y funcionarios públicos en los cargos que desempeñan llevan la representación de sus respectivos partidos, y como tales están "obligados", por lo menos moralmente, a tratar de defender los "intereses" de sus respectivos copartidarios",

con todo lo cual colegía que era esa una disposición que no pasaba de ser "una norma sin ninguna aplicación y sin ningún valor práctico".

Y es que, en verdad, la Constitución Política de 1886, que fuese aprobada en plebiscito verificado el día 1o. de Diciembre de 1957, disponía en su artículo 178:

> "Los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los 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",

lo que aparecía en contravía a las aspiraciones de paridad política en los cargos públicos que se pretendía implementar como consecuencia de las disposiciones al efecto adoptadas en el referido plebiscito del año de 1957.

Más adelante, dentro de la historia jurídica nacional, el artículo 12 de la ley 19 de 1958 generalizó aún más la prohibición, en los siguientes términos:

> "A los servidores públicos en período de prueba o de servicio activo, así como a los que se hallen bajo licencia ordinaria o de larga duración, les está vedada cualquier actividad que implique intervención en la política partidista o utilización de las funciones o poderes de su cargo en beneficio de la organización o de las campañas de los partidos políticos.
> Les es especialmente prohibido:
> a) Formar parte de directorios o comités de los partidos políticos;
> b) Intervenir de cualquier manera en la organización de manifestaciones o de otros actos políticos de dichos partidos;
> c) Pronunciar discursos o conferencias de carácter partidario y comentar por medio de la prensa hablada o escrita, temas de la misma naturaleza;
> d) Tomar en cuenta la filiación política de los ciudadanos para darles un tratamiento a favor, o para ejercer discriminaciones contra los mismos, y
> e) Coartar por cualquier clase de influencias o presión la libertad de sufragio de sus subalternos",

no pudiendo olvidarse, en tal sentido, que el artículo 7o. del decreto 247 de 1957, proferido por la Junta Militar de Gobierno de la República de Colombia, había dispuesto:

> "En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo publico de la carrera administrativa, o su destitución o promoción",

con lo que simplemente, si bien de manera un tanto contradictoria, se buscaba sustraer al aparato estatal, en tanto mayor empleador del país, de las batallas o actividades partidistas.

El artículo 7o. del decreto 1732 de 1960 reprodujo el texto del artículo 12 de la ya mencionada ley 19 de 1958, pero hizo la salvedad de que a los empleados y funcionarios públicos les estaba prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio. Naturalmente, debe señalarse que tal disposición, a su vez, fue derogada por el artículo 65 del decreto 2400 de 1968, y sustituida por el artículo 10 de ese mismo decreto, en los siguientes términos:

> "Así mismo a los empleados (públicos) le está prohibido, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio, desarrollar actividades partidarias. Se entiende por tales: aceptar la designación o formar parte de directorios o comités de partidos políticos, aunque no se ejerzan las funciones correspondientes; intervenir en la organización de manifestaciones o reuniones públicas de los partidos; pronunciar discursos o conferencias de carácter partidario y comentar por medio de periódicos, noticieros u otros medios de información, temas de la misma naturaleza; tomar en cuenta la filiación política de los ciudadanos para darles un tratamiento de favor o para ejercer discriminaciones en contra; coartar por cualquier clase de influencia o presión la libertad de opinión o de sufragio de los subalternos".

Más recientemente, el artículo 79 del decreto 250 de 1970, dispuso que

> "los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público, no podrán ser miembros de los partidos políticos, ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio; en consecuencia les está prohibida toda colaboración o contribución a movimientos partidistas".

Evidentemente, dentro de este recuento normativo, cabría resaltar que, conforme a lo dispuesto en el numeral 20 del artículo 15 de la ley 13 de 1984, "por medio de la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público en lo nacional", constituye "falta grave" que da lugar a destitución, el "formar parte de comités, juntas o directorios políticos; o intervenir en debates o actividades de este carácter", con lo cual hemos de decir que, perfectamente, puede acontecer que en contra de un mismo funcionario, puedan adelantarse simultáneamente una acción penal y una acción disciplinaria (por parte de la Procuraduría General de la Nación), por una "intervención en política", en la medida en que con tal actuación no se estaría violando el principio del non bis in idem, habida cuenta que, como se ha expuesto en otras oportunidades, no habría allí identidad de causa.

Finalmente, y por ser ello de gran importancia para acápites subsiguientes dentro de este estudio, debe tenerse en cuenta que la Constitución Política de 1991, contempla algunas disposiciones que dicen referencia a la materia que aquí tratamos, cuales son las contenidas en los artículos 107, 110 y 127, incisos segundo a cuarto, los mismos que prescriben:

> "ART. 107 - Se garantiza a todos los nacionales el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.
> También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos".
> "ART. 110 - Se prohibe a quienes desempeñen funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones, será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura".
> "ART. 127 - (...). 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, le está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho del sufragio.
> Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley.
> La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política, constituye causal de mala conducta".

1. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

1.1. LOS SUJETOS.

1.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Sobre la base de la redacción que actualmente observa el tipo penal que nos ocupa, puede decirse que, en principio, puede ser sujeto activo de esta forma de infracción a la ley penal, todo servidor público, en los términos y condiciones ya examinadas del artículo 63 del Código Penal -modificado, como se ha dicho en múltiples ocasiones, por el artículo 18 de la ley 190 de 1995-, sea él de derecho o de hecho.

Evidentemente, esa idea primaria debe ser atemperada con sujeción a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 158 del Código Penal, según el cual

> "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".

Realmente, como se recordará, en ninguna de las disposiciones relacionadas cuando practicábamos el recuento histórico de esta norma, se incluía como desti-

natarios de la misma, ni a unos ni a otros: Ciertamente, en cuanto toca con los primeros, a saber, los miembros de corporaciones públicas de elección popular (como sería, por ejemplo, el caso del Congreso de la República, las Asambleas Departamentales o los Concejos Municipales), tiénese que, precisamente, a tales cargos se accede por la vía del ejercicio político, y, lo que es más, se accede a ellas para hacer política, de tal manera que comportaría un absoluto contrasentido pretender que unos cargos públicos de formación, sentido y función puramente política, estuviesen o se mantuviesen ajenos a la actividad política. Por ello, con sobrada razón ORTIZ RODRÍGUEZ[744] explica que si a tales personas, a saber, a los congresistas, a los diputados, a los concejales, se les prohibiera intervenir en política, se estaría negando la política misma, como que ellos son, precisamente, los profesionales de la actividad política, los oficiantes de la política de manera permanente, de tal manera que prohibirles el ejercicio de tales actividades no sólo sería antidemocrático, sino que traería graves males para la sociedad.

En cuanto dice referencia a los segundos, a saber, las personas que ejercen funciones públicas de modo transitorio, se tendrían dos razones para justificar su no inclusión dentro de la lista de eventuales sujetos activos de esta disposición: De una parte, porque absolutamente injusto resultaría el pretender que una persona que tan sólo de manera transitoria va a prestar sus servicios a la administración pública (como sería el caso de un secuestre, un perito, un conciliador, etc.), de manera permanente no pudiera dedicarse o aplicarse a la actividad política; y de la otra, porque en nada (al menos en un principio), se afecta la administración pública (que es, finalmente, el bien jurídico aquí tutelado), con el hecho de que uno de esos árbitros, intérpretes o auxiliares de la justicia, se dediquen o apliquen al ejercicio político (en tanto ello no influya en el cumplimiento de sus determinaciones o dictámenes, caso en el cual habrían de responder por prevaricato, según fuese ello examinado en su momento).

1.1.2. *SUJETO PASIVO.*

Sujeto pasivo de esta infracción a la ley penal, como fue ello entrevisto en el acápite inmediatamente precedente, es el Estado, en tanto titular del bien jurídico aquí tutelado que, como se sabe, no es otro que la administración pública.

1.2. LOS OBJETOS.

1.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

Pretende el legislador, a través de la acriminación de esta conducta, tutelar la autonomía e independencia de la administración pública, en general, y a protegerla contra los riesgos a que quedaría expuesta si sus servidores se parcializaran en favor de uno de los partidos que se disputan la dirección del Estado[745].

---

[744] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 146.

[745] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 229.

1.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

El objeto material de esta infracción es de naturaleza ideal, como que se encuentra representado en los comités, juntas o directorios políticos, así como por las actividades políticas.

Antes de acceder a la dilucidación del contenido o significado específico de tales vocablos, practiquemos algunas interesantes precisiones:

- La primera, que es indiferente que dichas actividades políticas se desarrollen dentro del territorio donde el servidor ejerce jurisdicción o fuera de ella, porque lo que ampara la ley penal, es el interés de que los servidores que laboran en o para la administración pública permanezcan al margen, alejados, de las luchas políticas, toda vez que en esos cargos no son servidores de determinada parcialidad, sino de la Nación[746].

- La segunda, que cualquiera sea la conducta desplegada por el agente, dentro de los marcos de este tipo penal, se hace aquí referencia inmediata a la noción de partido político, concepto este que, en su más amplio sentido, es una agrupación humana que se caracteriza porque busca el poder del Estado o en el Estado, mediante votos; y, en un sentido más restringido, es una agrupación humana organizada como estructura de poder, que tiene una doctrina política, una doctrina económica, una serie de creencias que generan el sentimiento político partidario, una concepción del Estado, de la sociedad, del poder. Así, pues, en la noción de partido político quedan comprendidos tanto los partidos políticos propiamente tales, y los llamados movimientos políticos, cuya estructura, doctrina e ideología no aparecen bien definidas.

Lo que debe quedar plenamente establecido, es que aquí no se toma el vocablo política como un fin, esto es, a la manera aristotélica, entendida como el arte de gobernar bien, sino como un medio, es decir, como el mecanismo o instrumento para acceder al poder.

Contando, entonces, con tales precisiones, podemos establecer ahora el sentido y alcance de las nociones elevadas a la categoría de objeto material de esta infracción:

1.2.2.1. *COMITÉS, JUNTAS O DIRECTORIOS POLÍTICOS.*

En la estructura del movimiento político, tanto como en la del partido político propiamente dicho, dice ORTIZ RODRÍGUEZ[747], se distinguen los siguientes elementos de poder:

- La junta que dirige u orienta la agrupación, también llamada comité, directorio, comisión, etc., quedando claro que cuando no existe el jefe único, es ella la que ejerce el poder supremo dentro de la agrupación.

---

[746] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 83.

[747] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 144.

- El presidente y los miembros de la junta, comité o directorio, que son las personas que obran y quieren por la agrupación, representando, supuestamente, los intereses de esta.

- Los altos funcionarios de la agrupación, como el secretario general y el tesorero, que forman parte de la dirección del partido o movimiento político.

- Los comités de finanzas, de agitación, ideológico y de educación, de propaganda, etc., que son asesores de la junta suprema o directorio.

En este orden de ideas, lo primero que sanciona la norma es que el servidor público, con las excepciones indicadas en el inciso segundo del artículo 158 del Código Penal, forme o haga parte de las aludidas juntas, comités o directorios políticos, en conceptos que creemos haber explicado ya. Sin embargo, en la medida en que no establece la ley a qué clase de directorios alude, puede tratarse de entidades de nivel nacional, departamental o municipal.

1.2.2.2. DEBATES O ACTIVIDADES POLÍTICAS.

Por otra parte, sanciona la norma el hecho de que esos mismos agentes intervengan en debates o actividades políticas: Debate quiere decir, según PÉREZ[748], combate, lucha, controversia entre dos o más personas, por vías de lo cual concluye que debate político significa la controversia sobre política, el combate, la contienda o la lucha política.

Los debates son procesos más o menos prolongados y por eso la ley los distingue de las actividades políticas, que pueden ser circunstanciales, eventuales, sin que por ello dejen de ser punibles: Los debates ordinariamente son públicos, mientras que las actividades pueden ser también privadas, como, por ejemplo, distribuir propaganda, papeletas, transportar electores, recoger dineros ó pegar carteles.

Si la palabra debate significa lucha o pugnacidad, se entiende que es contra las personas o contra los programas de otros bandos o partidos. Por ello, no tienen carácter delictuoso, eventos como los siguientes:

- Las exposiciones universitarias, los discursos científicos sobre orientaciones de la administración, la interpretación de la política nacional hecha sin ánimo de influir en el desarrollo de la controversia, así como las publicaciones de estudios serios sobre las materias sometidas al debate, porque en ningún caso podría el Legislador auspiciar el silencio, ni negar la libertad de opinar sobre las teoría y prácticas del mismo legislador o del gobierno, para contribuír al análisis de cuestiones comunes, aunque estas se relacionen con los postulados o las aspiraciones de los grupos o partidos en lucha;

- Tampoco lo sería la simple concurrencia a una manifestación política, en tanto simples oyentes de lo que se dice en ellas: Si no existe participación activa, con el

[748] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 315-316.

fin de apoyar a uno de los bandos, no hay, en principio, conducta punible (salvo, claro está, que la sola presencia signifique, de por sí, apoyo a uno de esos bandos);

- La intervención tampoco es indebida cuando resulta del cumplimiento de un deber, como cuando el servidor concurre a votar en calidad de simple ciudadano o de miembro de corporaciones públicas.

1.3. LA CONDUCTA.

Trátase aquí de un tipo penal de conducta alternativa, como que el mismo puede ser materializado por una de dos vías, a saber: Formando parte de los comités, juntas o directorios políticos; o, de otro lado, interviniendo en los debates y actividades de carácter político.

El formar parte traduce la idea de una vinculación, así sea meramente formal, esto es, aunque no se desarrollen, ejecuten, desplieguen o materialicen las funciones inherentes a tal cargo o dignidad dentro del partido o movimiento político: Esa vinculación se dará, entonces, con el mero nombramiento que de ese servidor público se haga para que pertenezca a un determinado grupo político, como miembro de su junta, comité o directorio. Es claro, entonces, que si bien no se exige la vinculación material, efectiva, a ese ente político (a través de la materialización de actividades), sí será menester, en orden a la punibilidad de la conducta (con base en el principio de culpabilidad), que el servidor público así designado, haya expresado su aceptación al mismo: No sería punible, por tanto, el mero nombramiento, efectuado sin el consentimiento y/o sin el conocimiento del así designado (puesto que, evidentemente, no se conjugaría por parte suya el elemento intencional propio del dolo).

Intervenir, por su parte, es tomar parte activa en el grupo político, conceptualizando, exponiendo, defendiendo ideas, tesis, programas, etc., dentro, por, para un grupo político. Es necesario, eso sí, que la intervención, para que sea punible, según lo anteriormente visto, sea activa, pues que la mera asistencia a las reuniones, de por sí, no configura el delito.

2. FORMAS IMPERFECTAS.

Tratando de esclarecer si esta figura delictual admite o no la forma imperfecta de la tentativa, habría de distinguirse entre la conducta de formar parte a la conducta de intervenir, como que mientras en la segunda no parecería factible tal posibilidad, en la segunda ello podría ser factible: En la intervención, antes de que comience a intervenir, no hay actos inequívocos y, por tanto, no habría tentativa; una vez comenzada la intervención, el delito ya está consumado. En el tomar parte, sí pudiera ser factible, a nuestro modo de ver, la tentativa, como que se trata allí de una conducta fraccionable, siempre que una vez nombrado, puede o no darse la aceptación, y entre esos dos momentos puede mediar una circunstancia ajena a la voluntad del agente, que impida la consumación del delito.

3. EVALUACIÓN GENERAL.

Una fuerte crítica ha sido formulada por parte de la doctrina nacional, en contra de esta figura delictual:

De una parte, aparecen algunos que como GÓMEZ MÉNDEZ[749], que, calificando como ingenua esta disposición, concluyen, junto con PÉREZ[750], que se trata de una disposición absolutamente inútil, con el argumento de que la intervención de los empleados en política es un vicio tradicional y profundamente arraigado, de tal manera que las leyes nada enmiendan cuando la conciencia comunitaria no reprueban cuanto esas disposiciones prohíben, a todo lo cual se agrega el influjo determinante del dinero, como que -en su sentir- la opinión se compra como cualquier otra mercancía.

Y de la otra, aparecen otros que, como ORTIZ RODRÍGUEZ[751] señalan que la punibilidad es demasiado benigna para delito tan grave, significando que la trascendencia democrática de ese hecho, exige una pena más grave.

Para nosotros, más que un problema de conveniencia (que de hecho lo es) o de drasticidad de las sanciones (que de hecho lo tiene), el que comporta esta disposición es un problema de aplicabilidad, pues que, a todas las observaciones consignadas a lo largo de este acápite, debe sumarse el pronunciamiento efectuado por la H. Corte Constitucional, en sentencia de Octubre 13 de 1993, con ponencia del Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, cuyos apartes fundamentales son los siguientes:

> "Del mandato constitucional transcrito (C.N., art.127) se deducen sin dificultad los principios aplicables al asunto del que se ocupa la Corte:
> 1. La prohibición de tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas no es general para los servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas, sino que únicamente cobija a quienes encajen dentro de las hipótesis planteadas en la norma cuyo alcance es, por lo tanto, restringido.
> La regla general consiste hoy en permitir tales actividades aún 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 adopten 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 pertenece. Se trata de una garantía adicional de plena y parcialidad e independencia del empleado.

---

[749] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 141.

[750] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 315.

[751] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 146.

2. En todo caso, no resulta afectado el ejercicio del derecho al sufragio.
3. 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.
En consecuencia, por tal ejercicio no pueden ser incriminados ni penados, mientras se ajusten a la Constitución y a la ley. En otras palabras después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, para tales servidores públicos ha cambiado radicalmente la situación, pues ya no enfrentan la tajante prohibición señalada en la Carta Política anterior.
4. En concordancia con la mayor libertad de acción que se reconoce y para impedir su ejercicio abusivo, se sanciona, ya no la participación del empleado en actividades y controversias políticas, sino el uso del empleo como medio de presión sobre los ciudadanos para favorecer una determinada causa o campaña.
Es natural que así suceda, pues la Constitución amplió considerablemente la base de la participación y la extendió a personas que antes de su vigencia la tenían claramente restringida, pero a la vez fue exigente y estricta con los servidores públicos titulares del derecho, buscando preservar la necesaria imparcialidad del aparato estatal en el proceso político y la prevalencia del bien general de la colectividad sobre los intereses de partidos y de grupos.
Ello resulta, además del precepto constitucional en comento, de, la perentoria advertencia consagrada en el artículo 123 de la Carta: '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'.
De allí se deduce que el abuso en que incurra un servidor público en esta materia tenga que ser drásticamente sancionado con arreglo a la ley (C.N., art. 124), la cual también tiene a su cargo la fijación de los límites y forma en que habrá que ejercitarse el derecho de participación concedido por el constituyente (art.127, núm. 3). El fundamento de esa responsabilidad aparece en el artículo 6 de la Constitución, en la cual se dispone que los servidores públicos responden ante las autoridades no solamente por infringir la Carta Política y las leyes sino por omisión o extralimitación en sus funciones.
El artículo 209 de la Constitución, aplicable a los servidores públicos mencionados en la norma que se examina, define con claridad el ámbito de la función administrativa y declara que ella está al servicio de los intereses generales, señalando la imparcialidad como uno de los principios en los cuales se fundamenta.
Como repetidamente lo ha sostenido la Corte Constitucional, la Carta Política no ha plasmado derechos absolutos y, por tanto, a nadie le es posible alegar en su favor uno de ellos para sacrificar el bien de todos.

Así, el ejercicio del derecho de participación política no constituye argumento para usar de manera indebida o con parcialidad el cargo o los elementos destinados al servicio público.
Considera la Corte que existen linderos precisos, fijados por la misma Constitución, entre el derecho individual que, como persona, tiene el servidor público cobijado por el inciso 3 del artículo 127 de ella -que le permite tomar parte en actividades y controversias políticas en las condiciones que señala la ley- y la actividad que, como servidor público, desarrolla, la cual está exclusivamente enderezada al cumplimiento de las funciones que le imponen la Constitución, la ley y el reglamento (C.N., arts. 122, 123 y 209).
Por ello, abusa de sus derechos el empleado o funcionario que utiliza los elementos de su despacho para hacer proselitismo o para desempeñar en cualquier sentido la actividad política; el que dispone del tiempo del servicio u horario de trabajo para gestionar ese tipo de intereses; el que usa con los mismos fines información reservada tomada de los archivos de la entidad pública a los cuales tiene acceso por razón de su cargo; el que ejerce sus competencias de modo tal que inclinan la balanza del aparato estatal a favor de una determinada corriente o movimiento político.
En fin, la participación en política -hoy permitida en la Constitución en los términos dichos- no dispensa al servidor del Estado del cumplimiento de sus deberes constitucionales ni puede interferir con la actividad pública y se acontece que estos principios resultan contrariados en la práctica, se tiene un abuso del derecho, sancionable con arreglo a las leyes. Ello explica normas como las del inciso final del artículo 127 y la del artículo 110, a cuyo tenor está prohibido a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones -dice la norma- será causal de remoción del cargo o pérdida de la investidura".

Qué quiere, entonces, decir lo anterior? Lo anteriormente transcrito quiere decir que, por virtud del pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, el inciso primero del artículo 158 del Código Penal, ha sido declarado inexequible, en lo que se refiere a los servidores no contemplados en la prohibición del inciso segundo del artículo 127 de la Constitución Nacional (anteriormente transcrito); siendo, al mismo tiempo, exequible en cuanto concierne a los cobijados por la mencionada disposición constitucional: En otras palabras, que el sujeto activo de esta figura delictual ya no solamente encuentra excepciones en el inciso segundo del artículo 158 del Código Penal, sino, también, en el inciso segundo del artículo 127 de la Constitución Nacional, puesto que los servidores públicos que no estén allí contemplados, sí podrían participar en política (obviamente, dentro de los marcos y parámetros que fije una ley, la misma que no ha sido hasta la fecha promulgada).

Lo que es más, cabría resaltar el salvamento de voto presentado en tal oportunidad por parte de los Drs. HERNANDO HERRERA VERGARA, JORGE

ARANGO MEJÍA y VLADIMIRO NARANJO MESA, en el cual, básicamente, se puso de presente que, como no había sido todavía expedida la ley que reglamentara lo atinente a tal intervención en política, toda la prohibición seguía vigente, concluyendo:

> "El problema creado es de tal magnitud para la vigencia del sistema democrático, que, si la interpretación que no prohijamos fuere la correcta, la experiencia demostrará la necesidad de reformar la Carta en esta materia".

CAPÍTULO NOVENO

EMPLEO ILEGAL DE LA FUERZA PÚBLICA

0. GENERALIDADES.

0.1. REGULACIÓN NORMATIVA.

El denominado abuso de autoridad por empleo ilegal de la Fuerza Pública, aparece reglamentado en el artículo 159 del Código Penal -con las modificaciones introducidas por los artículos 18 y 32 de la tantas veces citada ley 190 de 1995-, en los siguientes términos:

> "El [servidor público] que obtenga el concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su disposición 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 [entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes] e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término".

Como puede verse, es un tipo penal que admite ser caracterizado, desde ahora, de la siguiente manera:

- Es un tipo penal especial, en la medida en que comportando los elementos propios del tipo penal fundamental (que, para el caso, no es otro que el abuso de autoridad que de manera genérica consagra el artículo 152 del Código Penal), contempla, al mismo tiempo, nuevos elementos descriptivos, que lo caracterizan e invidualizan;

- Es un tipo penal alternativo, toda vez que, como se verá más adelante, puede ser materializado mediante la observancia de una de dos conductas: bien sea porque se obtenga el concurso de la fuerza pública, bien sea porque se emplee la que, de manera directa, se tiene a disposición;

- Es un tipo penal pluriofensivo, toda vez que con su materialización pueden verse afectados varios bienes jurídicos, como que, aparte de la administración pública (en cuanto a su rectitud, honestidad, imparcialidad, probidad, etc.), pueden verse afectados bienes jurídicos de los cuales sean titulares, por ejemplo, los particulares (como acontecería cuando, a través de ese empleo ilegal de la Fuerza Pública, se afectaran su vida, su integridad, su patrimonio económico, su libertad, etc.);

- Es un tipo penal plurisubjetivo, en cuanto toca con la primera hipótesis comportamental (obtenga el concurso de la Fuerza Pública), y monosubjetivo en la segunda (emplee la que tenga a su disposición);

- En algunos eventos, aparece como un tipo penal pluripersonal, en la medida en que cuando se trate de impedir o estorbar el cumplimiento de la orden impartida por otra autoridad, se estará aludiendo a la presencia obligatoria de dos autoridades: Una, la que impartió la orden legítima; y la otra, la que, a través del empleo de la fuerza pública (sea que cuente con ella bajo su mando, de manera directa o indirecta), se opone u obstaculiza el cumplimiento de tal orden;

- Finalmente, cabe señalar que es este un tipo penal principal y autónomo, a diferencia del contenido en el artículo 152 (abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto), que observa las características de subsidiario y eventual.

0.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

El artículo del Código Penal que acaba de transcribirse, encuentra su antecedente legislativo inmediato en el artículo 181 del Código Penal de 1936, por razón del cual se disponía:

> "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 y en interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo",

de donde se desprende que, sustancialmente, resulta ser el idéntico el contenido normativo de ambas disposiciones, si bien cabría anotar las siguientes observaciones:

- La primera, que, como se ha venido observando desde los comienzos mismos de esta obra, la noción de servidor público se ha depurado por parte de la doctrina, la jurisprudencia y, afortunadamente, del legislador, de tal manera que se prefiere tal concepto al que anteriormente utilizaba el Código Penal de 1936, que aludía a "funcionario o empleado público";

- La segunda, que queriendo aparecer como más técnico que su antecesor de 1936, el legislador de 1980 prefirió cualificar el acto irregular que mediante tal empleo de la Fuerza Pública se materializaba, como "arbitrario e injusto", por oposición a los conceptos de "arbitrario e ilegal", que utilizaba el anterior;

- La tercera, que en vez de señalar un término exacto para la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, como lo hacía el Código Penal de 1936 en su artículo 181 (que disponía que el mismo era equivalente al de la pena privativa de la libertad), el legislador de 1980 optó por ser más amplio (y en nuestro sentir menos exacto), al establecer que tal consecuencia jurídica podría llegar a observar un tiempo "hasta" el equivalente al de la pena privativa de la libertad.

- Y, finalmente, que aparece como relativamente más drástica la pena imponible actualmente (de uno a cuatro años de prisión, más una pena de carácter pecuniario, amén de la interdicción de derechos y funciones públicas), que la establecida en el Código Penal de 1936 (que contemplaba una pena de prisión oscilante entre los seis meses y los tres años, más la interdicción de derechos y funciones públicas).

0.3. ESTRUCTURA DE LA NORMA

Aunque en lo pertinente, cada uno de los elementos estructurales de este tipo penal será objeto de comentario posterior, podríamos desde ahora señalar -simplemente con un ánimo clarificante de sus contenidos y alcances- que la dinámica de esta figura delictual se desenvuelve de la siguiente manera:

0.3.1. Se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado, bajo el entendido de que sólo el servidor público que tenga alguna suerte de injerencia sobre la fuerza pública puede patentizar la conducta aquí prevista, toda vez que en caso contrario, esto es, si no cuenta con ese poder de valimiento de o sobre la fuerza pública, la conducta devendrá, cuando menos, en atípica en relación con lo previsto en el artículo 162 del Código Penal.

0.3.2. Se trata de un tipo penal con un núcleo del tipo alternativo y compuesto, como que la conducta no consiste solamente en obtener o en emplear (por lo que se trataría de un tipo penal alternativo), sino en vincular tales eventos a la actuación de la fuerza pública (por lo que resulta ser éste un tipo penal compuesto). De allí que se diga, entonces, que la conducta ejecutiva propia de este tipo penal puede revestir uno de dos sentidos: o se obtiene el concurso de la fuerza pública, o, en otra hipótesis, se emplea la que se tiene a disposición.

0.3.3. A partir del empleo de la locución "para" con que en el tipo penal se vincula la conducta ejecutiva con lo que persigue el agente delictual, puede decirse que operan aquí dos elementos específicos de carácter subjetivo, en todo caso alternativos. Vale decir, que la obtención del concurso de la fuerza pública o el empleo de la fuerza pública que se tiene a disposición, se disponen para una de dos alternativas:

- O para consumar acto arbitrario o injusto, en cuyo caso hay dos eventos indebidos: La indebida utilización de la fuerza pública, en un primer momento, y el acto arbitrario o injusto que con el apoyo de la fuerza pública se pretende consumar. Siendo claro que, conforme a la redacción actual de la norma, el que se sanciona aquí es el primer acto (la utilización indebida de la fuerza pública) y no el segundo (el acto arbitrario o injusto que con el apoyo de la fuerza pública se pretende consumar), resulta indiferente, para efectos de la estructuración de esta figura delictual, el que se consume o no el acto arbitrario o injusto.

- O, en una segunda hipótesis, para impedir o estorbar una orden legítima de otra autoridad, evento en el cual puede decirse que concurren dos autoridades, a saber, no solo la que expide una orden legítima, y la que pretende impedir y/o

estorbar el cumplimiento de tal orden, pudiéndose sostener que a la que se sanciona en sede de este tipo penal es a la segunda, es decir, a la que pretende obstaculizar el cumplimiento de la orden expedida por autoridad. Bajo el entendido de que la orden expedida por la primera autoridad debe ser legítima, no solo formal sino materialmente, siempre que se alude aquí a un conflicto de poderes, aparece como indiferente, de cara a la estructuración típica de la conducta, el que esa obstaculización de la orden legítima de autoridad finalmente se logre o consiga.

1. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

1.1. LOS SUJETOS.

Como ha sido ello consignado en diversas oportunidades dentro de este estudio, el sujeto activo de esta forma de infracción a la ley penal se encuentra constituido por el servidor público, noción esta que por haber sido objeto de prolijos estudios y comentarios desde el comienzo mismo de este trabajo, creemos, no amerita ya de más profundizaciones: En todo caso, es claro que este comportamiento delictual puede ser observado tanto por el funcionario de derecho como por el funcionario de hecho, mas nunca por parte del usurpador, de una parte; y de la otra, como dice SOLER[752], que "alguna potestad funcional tiene para requerir fuerza pública, para mandarla o para disponer de ella".

En cuanto respecta al sujeto pasivo, podemos decir, igualmente, que siendo el Estado, en tanto titular del bien jurídico tutelado por todo este entramado de disposiciones (la administración pública), la persona (jurídica) que aparece como ofendida directa con la comisión de esta infracción, tiénese que, perfectamente, puede un particular conjugar la calidad de perjudicado con la misma, en tanto sufra menoscabo en sus intereses patrimoniales, con ocasión del empleo ilegal que de la fuerza pública haga un servidor público.

1.2. LOS OBJETOS.

1.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

Partiendo de la base de que la Fuerza Pública debe ser utilizada, tan sólo, para los fines indicados en la Constitución y en la ley; y, al mismo tiempo, del hecho de que los servidores públicos que tienen a su disposición, tanto de manera directa como indirecta, esa fuerza pública, deben y tienen que emplearla, de manera exclusiva y única, para los fines y propósitos indicados en la misma Constitución y las leyes, esto es, en beneficio del orden público y del bienestar general, se infiere que el interés jurídico que pretende protegerse aquí, en relación con la administración pública (que, como se ha dicho, finalmente es el bien jurídico tutelado), estriba en el hecho de que esos servidores públicos no utilicen esa fuerza pública para el cumplimiento, logro o materialización de designios, intereses o propósitos personales, y ni siquiera ilegales (arbitrarios) o injustos.

---

[752] Citado por Bernal Pinzón. *Op. Cit.* Pág. 236.

1.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

El objeto material, en relación con este tipo penal, se encuentra representado por la Fuerza Pública, entendiendo que es sobre ella sobre la cual recae, de manera directa, la conducta ejecutiva.

Por Fuerza Pública, eso sí, debe entenderse algo diferente a Fuerzas Armadas, pues que ello debe ser así tenido conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 216 de la Constitución Nacional, según el cual "la fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional": Así, pues, mientras el concepto de Fuerza Pública alude de manera genérica a la institución encargada de defender el orden social, esto es, las relaciones, entidades, organismos, personas y normas que estructuran y definen a la sociedad y al Estado colombiano, como entes con existencia, organización, permanencia y estabilidad, o, como dice PÉREZ ESCOBAR[753], entendiendo que uno de los medios materiales de que disponen los Estados para cumplir sus fines es la Fuerza Pública, cabe predicar que esta última proporciona la fuerza física que se necesita para someter a los individuos y al conglomerado social a la obediencia de las normas jurídicas y de las decisiones de los gobernantes, tomados estos en su sentido más amplio; el concepto de Fuerzas Armadas se refiere tan sólo a los cuerpos militares y de policía, que cumplen funciones de preservación y defensa del orden público (que no necesariamente se identifica con el orden social).

Dicho de otra manera, siendo el de Fuerza Pública el género, tiénese que el de Fuerzas Armadas es la especie, englobando, a su vez, dos sub-especies, a saber, las de las Fuerzas Militares y las de la Policía Nacional.

En ese sentido, conveniente resulta recordar aquí, de manera sintética, que mientras las Fuerzas Militares se encuentran constituídas, de manera permanente, "por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea", teniendo como "finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional" (incisos primero y segundo, artículo 217, Constitución Política de 1991); la Policía Nacional se tiene como "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 para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz" (inciso primero, artículo 218, Constitución Política de 1991).

Finalmente, en orden a la clarificación del concepto de Fuerza Pública, nos parece conveniente traer a colación algunos pareceres expuestos por DIAZ ARENAS[754], según los cuales:

---

[753] **Pérez Escobar, Jacobo.** *Derecho Constitucional Colombiano.* Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 1987. 4a. ed. Pág. 521.

[754] **Díaz Arenas, Pedro Agustín.** *La Constitución Política colombiana (1991): Proceso, Estructuras y Contexto.* Editorial Temis, Bogotá, 1993. 1a. ed. Págs. 511-512.

"La estructura piramidal ubica al Presidente de la República a la cabeza de las Fuerzas Públicas, en calidad de supremo comandante de ellas (art. 189 núms. 3 y 4). Esta dirección suprema, a cargo de la autoridad civil, queda ratificada en cuanto al articulado de la Nueva Constitución Política de Colombia, referente al tema, hace parte no de un Título separado, sino de un Capítulo (7) integrado a la rama ejecutiva (Título VII). Además se le asigna al Presidente de la República responder por el orden público, proveer por la seguridad exterior y aún dirigir las operaciones de guerra si es del caso (art. 189, núms. 4, 5 y 6) y si como acaba de ocurrir, el Ministro de Defensa es un civil, podemos concluir que el Gobierno, en cuanto a orden público y seguridad externa, es a cabalidad civil. Todo esto, obviamente en un régimen cesarista, hay que tomarlo con beneficio de inventario político. A su vez, al Congreso le corresponde establecer el régimen legal de la Fuerza Pública especialmente en lo relativo a la carrera militar y policial (ascensos, retiros, reemplazos), a la formación y a su remuneración (arts. 217, inc. 2o. 218, inc. 1o. 222). Y así como el Presidente confiere grados militares, los más altos los otorga el Senado (arts. 189, núm. 19 y 173, núm. 2). De esta manera, la Fuerza Pública dentro del sistema jurídico-político nacional, sólo parece quedar por fuera del control jurisdiccional, en razón de su fuero (art. 221)".

1.3. LA CONDUCTA.

La conducta ejecutiva propia de este tipo penal es alternativa, como que puede consistir en una de dos situaciones: La una, que el agente obtenga el concurso de la Fuerza Pública, para la realización de los propósitos previstos en la norma; y la otra, que el agente emplee la Fuerza Pública que tenga directamente a su disposición, para esos desviados propósitos.

Ahora bien, conforme a la redacción que actualmente observa la norma, cualquiera de esas dos hipótesis comportamentales, que permiten la cualificación como típica de una determinada conducta observada en el mundo fenoménico, debe (tiene) que estar presidida por uno de dos elementos subjetivos del tipo (lo que nos permite señalar otra característica del mismo, cual es la de ser compuesto): o que ello se haga para consumar acto arbitrario o injusto; o que ello, en otra variante, se haga para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad.

Analicemos cada uno de estos componentes comportamentales:

1.3.1. *LAS HIPÓTESIS COMPORTAMENTALES PREVISTAS EN LA NORMA.*

Como viene de verse, de una de dos maneras puede materializarse este tipo penal, en cuanto a la realización de la conducta ejecutiva se refiere: o porque el agente obtenga el concurso de la Fuerza Pública, o porque el agente emplee la Fuerza Pública que tiene a su disposición. Así, habiéndose establecido en párrafos

precedentes lo que se entiende por Fuerza Pública, no podemos menos que indicar que, guardando alguna relación funcional con la misma, puede suceder, con respecto a este tipo penal, una de dos cosas: o que el agente tenga esa Fuerza Pública directamente a su disposición, caso en el cual no hace más que utilizarla; o que no la tenga directamente, mas sí de manera indirecta, evento en el cual lo que hace es lograr su concurso, prevalido de su condición de servidor público (en donde cabría suponer, repetimos, que alguna forma de injerencia en la actuación irregular de la Fuerza Pública, esto es, para el cumplimiento de uno de esos dos elementos subjetivos propios de este tipo penal, ha de tener el sujeto activo de esta infracción).

En el primer caso, podría tratarse del Presidente de la República (art. 189, numeral 3o. Constitución Nacional), de los gobernadores departamentales (art. 303, inciso primero, Constitución Nacional) o de los alcaldes (art. 315, numeral 2o. Constitución Nacional), quienes, guardando relación funcional con la Fuerza Pública de la cual son directores supremos en su respectiva jurisdicción, no la tienen directamente bajo su mando, sino que pueden obtener el concurso de la misma, para los efectos señalados en la disposición. En el segundo caso, estaríamos ya en presencia del comandante de división, brigada, batallón, unidad o puesto, que sí tiene directamente esa Fuerza Pública bajo su mando, y que la utiliza para los desviados propósitos que sanciona la norma.

Lo que sucede, en relación con esta segunda hipótesis comportamental, es que la misma resulta tener un muy estrecho campo de aplicación: En efecto, si se trata aquí de sancionar al servidor público que de manera directa tiene a su disposición la Fuerza Pública, la misma que es por él utilizada para los desviados propósitos que sanciona el artículo 159 del Código Penal, se tendrá que, en la generalidad (por no decir que casi en la totalidad) de los casos, esa conducta es materializada por un militar u oficial de la Policía (pues que muy pocos serían los casos en que un servidor público, que no ostente el rango de oficial del Ejército o de la Policía, pueda tener, de manera directa, bajo su mando, a elementos de la Fuerza Pública). Y si ello es así, como en verdad se tiene que lo es, aparece que esos oficiales del Ejército o de la Policía que observan tal proceder, estarán incursos en el tipo penal que contempla el artículo 213 del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), y no en el artículo 159 del Código Penal.

En verdad, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 del aludido Código Penal Militar, se tiene que

> "Las disposiciones de este Código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el Derecho Internacional. También se aplicarán a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional".

Si a ello se suma que el artículo 213 de ese Decreto 2550 de 1988 dispone que,

> "El que obtenga el concurso de la Fuerza Pública o emplee la que tenga a su disposición 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, y multa de un mil a veinte mil pesos",

claramente se tiene que lo que habrá de aplicarse a ese oficial del Ejército o de la Policía, será la reglamentación contenida en el artículo 213 del Código Penal Militar, y no la del artículo 159 del Código Penal, con lo cual la segunda variante comportamental contenida en este último artículo, resulta casi que absolutamente inaplicable (de donde se infiere, una vez más, que dentro de este Título del Código Penal, son varias las conductas punibles respecto de las cuales el legislador no ha hecho más que evidenciar una mera acriminación simbólica).

1.3.2. *LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO.*

No basta, para efectos del encuadramiento como típica de una determinada conducta observada en el mundo fenoménico por parte de un servidor público, con que éste haya utilizado la Fuerza Pública que tiene a su disposición, ni con que haya logrado el concurso de la misma, para que pueda hablarse ya de un empleo ilegal de la Fuerza Pública. No. El empleo ilegal de la Fuerza Pública que sanciona la disposición que viene siendo por nosotros examinada, reprueba una forma especial de utilización de esa Fuerza Pública que, de manera directa o indirecta, se tiene a disposición, a saber: la que se hace, bien sea PARA consumar acto arbitrario o injusto, o PARA estorbar el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente.

Que se trata de elementos subjetivos del tipo, entonces, viene certificado por el empleo de la preposición PARA que hace el legislador: Se emplea o se obtiene el concurso de la Fuerza Pública PARA (con la intención de) una de dos cosas: O el de consumar un acto arbitrario o injusto, o del impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima impartida por otra autoridad.

Lo anterior, antes de acceder al análisis individual de esos elementos subjetivos de este tipo penal, traduce que si no se conjuga, por parte de la conducta objetiva observada por el agente, uno de esos dos elementos subjetivos del tipo, se tendrá una de dos alternativas: o que dicha conducta devendrá en absolutamente atípica (si con su realización no se ocasiona ningún daño real ni potencial a la administración, como cuando un comandante de un puesto de Policía, con miras a impresionar a su amada, se hace acompañar en sus visitas por dos o tres de sus subalternos, a fin de que le hagan calle de honor, lo que sólo reportaría consecuencias disciplinarias al interior de la institución), o que derivaría hacia otro tipo penal (como cuando con la observancia de ese comportamiento, por ejemplo, se llegan a afectar los bienes de la administración, caso en el cual podríamos estar en presencia de un peculado, etc.).

Por ello, podemos decir con ARENAS[755], que mientras esta disposición consagra, en la primera parte, un abuso de autoridad calificado, cuando la obtención o el empleo de la Fuerza Pública tenga por objeto consumar un acto arbitrario o injusto; en la segunda parte contempla un delito de resistencia calificada, cuando se obtenga o emplee la Fuerza Pública para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad.

Huelga decir que, siendo necesario e indispensable que esa conducta objetiva esté animada por esas particulares intenciones, es decir, que siendo menester que la conducta observada por el sujeto activo de la infracción conjugue esos elementos subjetivos del tipo, no es necesario que ellos se alcancen, esto es, que se logren o materialicen tales propósitos, de cara a la consumación de la conducta: En presencia de elementos subjetivos del tipo, basta con que ellos se encuentren presentes (en tanto intencionalidad), al momento de ejecución de la conducta, para que esta se entienda consumada, sin que sea necesario, para esos mismos efectos, que esos propósitos o especiales motivaciones, se alcancen, logren o materialicen.

1.3.2.1. *CONSUMAR ACTO ARBITRARIO O INJUSTO.*

Toda vez que cuando examinábamos lo correspondiente al abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, dejamos claramente establecido qué se entendía por acto, por arbitrario y por injusto, a tiempo que consignamos nuestras reservas frente a la utilización legal de conceptos filosóficos y subjetivos, dentro de la descripción de una conducta en un tipo penal, a tales pareceres nos remitiremos.

Por ello, nos limitaremos entonces a postular aquí, retomando alguna idea al respecto anteriormente consignada, que basta con que el sujeto activo de la infracción emplee la Fuerza Pública que tiene a su disposición, u obtenga el concurso de la misma con el propósito de consumar acto arbitrario o injusto -en principio de índole material-, para que esta variante comportamental se entienda consumada, sin que sea necesario que se obtenga, que se logre, el fin propuesto de consumar ese segundo acto arbitrario o injusto (y decimos segundo, porque el primero estaría representado en el empleo ilegal de la Fuerza Pública).

De lo que se trata, entonces, es de que cuando el sujeto activo de la infracción emplea la Fuerza Pública u obtiene el concurso de la misma, bajo la égida de este primer elemento subjetivo del tipo, lo que se propone con tal acción, no es otra cosa que consumar un acto arbitrario o injusto: Y si es lo que se propone, no es necesario que lo consiga, de cara a la consumación de la conducta delictual que aquí se sanciona. Por esta vía, estaríamos en presencia de un empleo ilegal de la Fuerza Pública, debidamente consumado, en el evento de que habiéndose utilizado la Fuerza Pública que directamente tenía bajo su mando (con las precisiones anteriormente al respecto anotadas), o habiéndose logrado el concurso de la misma, con el propósito de consumar acto arbitrario o injusto, este último acto, no se con-

[755] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 84.

sumare (por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, como sería, por ejemplo, la actuación oportuna de otra autoridad, que impidiese la materialización de este designio criminoso).

Hay, pues, dentro de esta hipótesis, dos actos ilegales: uno, el referido a la utilización ilegal de la Fuerza Pública (que tiene que haber sido alcanzado, o, por menos, intentado); y el otro, el acto arbitrario o injusto que pretende materializar el agente (el mismo que no es necesario alcanzar, como se ha visto, para la consumación de la conducta punible). Y el que reprime esta norma, entonces, es el primero..No el segundo.

1.3.2.2. *IMPEDIR O ESTORBAR EL CUMPLIMIENTO DE ORDEN LEGÍTIMA DE LA AUTORIDAD.*

Impedir, dice el DICCIONARIO DE LA LENGUA[756], es "estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa". Estorbar, por su parte, dice la misma fuente, es "poner embarazo u obstáculo a la ejecución de una cosa". Así, no aparecen como vocablos rigurosamente sinónimos los de impedir y de estorbar, como que en el primero se refleja la imposibilidad absoluta en que se sitúa el cumplimiento de una cosa, actividad o función; al paso que el segundo simplemente se habla de algo relativo, como que el cumplimiento de esa cosa, función o actividad se ven meramente obstaculizados, dificultados, embarazados.

A lo que alude, pues, este segundo elemento subjetivo del tipo, es a lo siguiente: Que presentándose el caso de dos autoridades, una de las cuales ha impartido una orden legítima, se tiene que la otra (en este caso representada por un servidor público), mediante el concurso de la Fuerza Pública (sea la que directa o indirectamente tiene a su disposición), busca impedir o estorbar, es decir, imposibilitar de manera absoluta o dificultar en cuanto a su cumplimiento y ejecución, la orden impartida por esa primera autoridad (siendo ese el motivo por el cual se dice que es esta una hipótesis en la cual este tipo penal aparece como pluripersonal, como que se necesita, infaltablemente, de la presencia de DOS autoridades: una, la que da la orden legítima; y otra, la que mediante el empleo o el concurso de la Fuerza Pública, pretende impedir, total o parcialmente, que esa orden sea cumplida, materializada, llevada a cabo): A la que sanciona esta norma es a la segunda autoridad (esto es, al servidor público que se opone al cumplimiento de esa orden, mediante el empleo ilegal de la Fuerza Pública). No a la primera (que es la que impartió la orden legítima).

Varias consideraciones pueden ser señaladas, en relación con este apartado de la norma en examen:

1.3.2.2.1. La primera, que como elemento subjetivo del tipo que es, no es necesario que, de manera real y efectiva, el agente de la infracción logre materializar

---

[756] Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid. 1984. 20a. ed. Tomo II. Pág. 758.

este propósito de impedir o estorbar el cumplimiento de la orden legítima impartida por la otra autoridad: Puede acontecer que la orden así impartida finalmente se cumpla, se materialice, y así y todo la conducta punible observada por el servidor público que la Fuerza Pública para esos efectos utilizó, se entenderá consumada;

1.3.2.2.2. La segunda, que por cumplimiento de la orden impartida por la primera autoridad (la que la expidió), debe entenderse no sólo la materialización física, sino, también su acatamiento jurídico: Desde el momento en que las providencias y/o resoluciones, no solo comportan órdenes que han de ser cumplidas en el plano estrictamente físico (fáctico), sino también en el jurídico, puede decirse que tanto se puede impedir u obstaculizar uno como otro extremo.

1.3.2.2.3. Finalmente, que la legimitidad de esa orden no solamente debe mirarse desde el punto de vista sustancial (intrínseco, de contenido), sino, también, desde el punto de vista adjetivo (extrínseco, formal): para que, en esta hipótesis, se entienda que la orden es legítima, creemos nosotros que no solamente debe haber sido expedida por el funcionario realmente competente (habilitado, por la Constitución y/o la ley, en sentido material), para tales efectos, sino que debe haberlo sido con observancia del procedimiento pertinente y bajo las formas externas indicadas tanto en la Constitución como en la ley.

2. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

2.1. TENTATIVA.

Creemos nosotros que al momento de establecer si este tipo penal admite o no la forma imperfecta de la tentativa, debe distinguirse de qué hipótesis comportamental se trata:

- Si de lo que se trata es de que el agente obtenga el concurso de la Fuerza Pública, somos del parecer que perfectamente viable aparece la posibilidad de la tentativa, como que entre el momento en que el agente de la infracción trata de conseguir ese concurso de la Fuerza Pública, para sus designios criminosos, y el momento en que efectivamente la obtiene, muchas cosas pueden pasar (ajenas a su voluntad), antes de que la conducta se consume. Esa es la razón por la cual creemos que puede presentarse la tentativa en esta hipótesis, la misma que debe, en todo caso, entenderse con prescindencia del hecho de que se logre o no la consecución del especial propósito que anima la intención del agente (como ha sido ello ya puesto de presente): Por ello, coincidiendo con GÓMEZ MÉNDEZ[757] en esta postura, no estamos de acuerdo en su fundamentación, pues que para tan insigne autor, "es concebible la tentativa, si el agente obtiene el concurso de la Fuerza Pública, pero no consuma el acto arbitrario o injusto" (subrayas fuera del texto), toda vez que el logro efectivo del elemento subjetivo del tipo, no dice referencia al momento consumativo, ni a la posibilidad de tentativa de la conducta.

[757] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 142.

- Por otro lado, si de lo que se trata es de que el agente delictual emplee la Fuerza Pública que, de manera directa, tiene a su disposición, con miras a la consecución de esos designios criminosos (los que, finalmente, no interesa si se alcanzan o no), somos del parecer de que, siendo académica viable hablar de tentativa, fácticamente resulta muy difícil (por no decir que imposible), su comprobación y, consecuencialmente, su configuración: Ciertamente, puede acontecer que un comandante militar vaya a utilizar la Fuerza Pública que tiene a su disposición, con miras a la ejecución de uno de los propósitos contemplados como elemento subjetivo del tipo, y que antes de que lo logre, su intención criminosa se vea obstaculizada, en cuanto a su camino perfeccionante, por circunstancias ajenas a su voluntad, pudiéndose hablar, teóricamente, de tentativa. No obstante, si avistamos el contenido normativo del artículo 22 del Código Penal, tendríamos que reconocer que en la generalidad (por no decir que en la totalidad) de los casos, esos actos preparatorios podrían aparecer como equívocos y, por ende, falsamente sustentadores de una deducción de responsabilidad penal a título de tentativa. Por ello, entonces, no vemos viable la posibilidad de tentativa en esta segunda variante comportamental.

2.2. CONCURSO DE TIPOS PENALES.

El empleo ilegal de la Fuerza Pública puede concurrir con otros tipos penales, como, por ejemplo, con la fuga de presos (arts. 178 y ss.) o con el cohecho (arts. 141 y 142), si el empleo de la fuerza se ha hecho mediante pacto remuneratorio con el agente que la tiene a su disposición o que la ha obtenido[758]. Evidentemente, y como se dijo en páginas precedentes, ese empleo ilegal de la Fuerza Pública puede concurrir, materialmente, con otros delitos, tales como el homicidio, las lesiones, el secuestro, los atentados contra el patrimonio económico, etc.

2.3. PARTICIPACIÓN.

Cuando el agente delictual emplea la Fuerza Pública que, de manera directa, tiene a su disposición, se tendrá que, en principio, hay un sólo autor, el mismo que puede tener cómplices y, aún, coautores. Empero, el problema se presenta cuando el agente delictual obtiene el concurso de la Fuerza Pública, en cuyo caso estamos ya en presencia de dos personas: Una, el servidor público que obtiene el concurso de la Fuerza Pública; y otra, el servidor público que desempeña o tiene bajo su mando (ese sí, de manera directa), a la Fuerza Pública, pues que habrá que calificar el comportamiento de este último.

Es indiscutible que cuando el alcalde, como suprema autoridad de policía en el municipio, le imparte una orden funcional al comandante del puesto local de policía, dicha orden debe ser por éste último acatada, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 91 de la Constitución Nacional, según el cual:

---

[758] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 237.

"En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden". (Subrayas fuera del texto).

3. EVALUACIÓN GENERAL DEL TIPO.

Con prescindencia de la observación por nosotros formulada en relación con la inaplicabilidad de gran parte de esta figura, adherimos a la opinión de GÓMEZ MÉNDEZ[759], para quien este artículo debería constituir simplemente una circunstancia de agravación del tipo básico, edificada sobre una circunstancia de modo, cual es la del empleo de la Fuerza Pública: siendo claro que resulta más grave al abuso de autoridad en que para su consumación se utilice la Fuerza Pública, es igualmente cierto que no se justifica, finalmente, la existencia de un tipo autónomo.

[759] Gómez Méndez. Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 142.

CAPÍTULO DÉCIMO

OMISIÓN DE APOYO

0. GENERALIDADES.

0.1. REGLAMENTACIÓN NORMATIVA.

El artículo 160 del Código Penal regula la omisión de apoyo en los siguientes términos:

> "El agente de la Fuerza Pública 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".

0.2. ANTECEDENTES LEGALES.

La disposición que acaba de transcribirse, encuentra sus antecedentes legales inmediatos en el artículo 177 del Código Penal de 1936, el mismo que disponía:

> "El militar o agente de la Fuerza Pública, que rehúse o retarde indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de uno a cuatro años".

Como se ve, quizá la única variación que se presentó, entre la contenida en el Código Penal de 1936 y la que actualmente establece el Código vigente, es la de que en el anterior expresamente se hablaba de los militares como eventuales sujetos activos de esta infracción, al paso que la actual simplemente alude a los agentes de la Fuerza Pública, comprendiendo dentro de tal noción a los militares.

Lo interesante, entonces, sería recordar, siguiendo en ello a BERNAL PINZÓN[760], que la norma del artículo 177 del Código Penal de 1936, que acaba de transcribirse, es transcripción literal de la contenida en el artículo 329 del Código Penal italiano de 1930, conocido como Código Rocco, el mismo que, al ser calificado en nuestro medio de fascista, determinó que muchas de sus normas e instituciones no fuesen en su tiempo acogidas en nuestro medio (salvo, como se ve, la que ahora nos ocupa, que sí fue íntegramente acogida).

De manera específica, fue el Dr. RAFAEL ESCALLÓN quien insistió en la consagración positiva de esta norma, no obstante las observaciones del Dr. PARMENIO CÁRDENAS, en el sentido de que, fundamentalmente, era ese un hecho que, a fuer de que se compadecía integralmente con la omisión de actos oficiales

---

[760] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 208.

de que trataba el artículo 172 del Código Penal que estaba siendo por ellos redactado (a saber, el de 1936), se tenía que era ese un comportamiento propio de regulación en el Código Penal Militar.

Más aún, llegados a la época de la redacción del Código Penal actualmente vigente, debe recordarse con ARENAS[761] que la primera comisión redactora excluyó del anteproyecto esta norma "porque es un delito de la competencia exclusiva de la jurisdicción penal militar". Y, en verdad, si se revisa el decreto 2550 de 1988 (Código Penal Militar), se observará que el mismo, en sus artículos 214 y 215, dispone:

> "ART. 214. - 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".
> "ART. 215. - 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, o aeronave, sin justa causa",

se tendrá que en entredicho se encuentra la posibilidad de que esta disposición encuentre campo de aplicación práctico, especialmente recordando que el artículo 14 de ese mismo Código Penal Militar dispone:

> "Las disposiciones de este Código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el Derecho Internacional. También se aplicarán a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional".

Si bien para BERNAL PINZÓN[762] era claro, contrario a lo que pensaban ANTONIO VICENTE ARENAS y LUIS CARLOS PÉREZ, que debiéndose considerar el Código Penal Militar como norma especial en relación con el Código Penal, no debía considerarse a los militares por fuera de la ley penal común, con base en el denominado fuero militar, respecto del cual se preguntaba si el mismo cobijaba o no a la Policía Nacional; nosotros diremos, anticipando conceptos, que termina siendo casi que inaplicable la norma contenida en el artículo 160 del Código Penal que se examina, especialmente teniendo en cuenta que el fuero militar cubre, actualmente, a las Fuerzas Armadas y de Policía.

0.3. CARACTERIZACIÓN DEL TIPO.

El presente, es un tipo penal que admite ser caracterizado de la siguiente manera:

---

[761] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 85.

[762] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 210.

- Es un tipo penal especial, porque tiene elementos propios, que lo diferencian y particularizan del tipo penal fundamental (que no es otro que el prevaricato por omisión de que trata el artículo 150 del Código Penal);

- Es un tipo penal en blanco, en atención a la remisión que hacia otros ordenamientos establece la disposición, cuando dice que esa solicitud de apoyo debe haber sido formulada, en la forma establecida en la ley;

- Es un tipo penal monosubjetivo, porque describe una conducta sancionable que puede ser observada por una sola persona (se sanciona, únicamente, a quien omite la conducta esperada y debida);

- Es un tipo pluripersonal, porque, al fin de cuentas, se necesita de la operancia de dos autoridades: una, que solicite el apoyo; y la otra, la que, teniendo el deber legal de prestar ese apoyo, finalmente no lo presta (siendo prudente resaltar que sus voluntades no son coincidentes, de cara a la materialización de la conducta delictiva, que es lo que define un tipo penal como plurisubjetivo);

- Es un tipo penal pluriofensivo, porque con su materialización, no sólo se puede estar afectando la administración pública sino, también, la vida, honra y bienes de los coasociados.

- Es un tipo penal de mera conducta, en la medida que no es necesario que se produzca resultado fenoménico alguno, diferente de la misma conducta omisiva del agente delictual.

Contando, entonces, con esta introducción, vayamos al análisis de la estructura de este tipo penal.

1. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

1.1. LOS SUJETOS.

1.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Desde el momento mismo en que el artículo 160 del Código Penal encabeza su contenido señalando que el sujeto activo de esta infracción a la ley penal está representado por el agente de la Fuerza Pública, tenemos allí un primer punto que exige y amerita de absoluta clarificación, en orden a comprender, cabalmente, qué se entiende por tal y, consecuencialmente, a quienes podrá o deberá aplicárseles la reglamentación aquí contenida.

Comencemos, entonces, por rememorar algo que ya habíamos dicho cuando examinamos el tipo penal del empleo ilegal de la Fuerza Pública, y era qué es o qué se entiende por Fuerza Pública: Por Fuerza Pública, decíamos, debe entenderse algo diferente a Fuerzas Armadas, conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 216 de la Constitución Nacional, según el cual "la Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional": Así, explicábamos, mientras el concepto de Fuerza Pública alude de manera

genérica a la institución encargada de defender el orden social, esto es, las relaciones, entidades, organismos, personas y normas que estructuran y definen a la sociedad y al Estado colombiano, como entes con existencia, organización, permanencia y estabilidad; el concepto de Fuerzas Armadas se refiere tan sólo a los cuerpos militares y de policía, que cumplen funciones de preservación y defensa del orden público (que no necesariamente se identifica con el orden social).

Sobre tal base indicábamos que mientras las Fuerzas Militares se encuentran constituidas, de manera permanente, "por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea", teniendo como "finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional" (incisos primero y segundo, artículo 217, Constitución Política de 1991); la "Policía Nacional" se tiene como "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 para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz" (inciso primero, artículo 218, Constitución Política de 1991).

Por todo ello, en consecuencia, podemos nosotros ahora afirmar que si por Fuerza Pública se comprende tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional, en los términos en que lo hace el inciso primero del artículo 216 de la Constitución Nacional, poco menos que lógico resultará que ahora nosotros concluyamos que tanto las Fuerzas Militares como la Policía Nacional, se encuentran amparadas y cobijadas por el denominado fuero militar, en la medida en que el artículo 221 de la misma Carta Fundamental dispone:

> "De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en ejercicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

Si todo ello es así, como en verdad se tiene que lo es, poco menos que inoperante resulta ser la disposición contenida en el artículo 160 del Código Penal, en la medida en que, como miembro de la Fuerza Pública (en los términos del inciso primero del artículo 216 de la Constitución Nacional), cuando un agente de la misma (representado por un miembro del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea o de la Policía Nacional), incurriese en la conducta propia de la omisión de apoyo, se tendría que la disposición aplicable con respecto suyo sería la del artículo 214 del Código Penal Militar, y no la del artículo 160 del Código Penal.

Que no se diga, como en su época lo hacía BERNAL PINZÓN, que ello no era rigurosamente cierto, contra-argumentando que el Código Penal Militar sólo era aplicable "solamente en relación con los delitos cometidos por los militares en servicio activo, y además cuando esas mismas infracciones tienen una íntima vinculación con el servicio militar activo". Y no creemos que tal tesis, presentada en orden a sostener la permanencia de tal figura dentro del marco del Código Penal resulte válido, por una sencilla razón: De qué otra manera, si no es dentro del

servicio activo, puede un agente de la Fuerza Pública (militar o policía), rehusar o demorar "el apoyo pedido por autoridad competente, en la **forma establecida en la ley**"? Será; acaso, que cuando un juez le imparte una orden de captura a un agente de seguridad del Estado que se encuentra de asueto o franquicia, en traje de civil, sin el arma de dotación, en la medida en que este último no acate tal orden, estará incurriendo en un hecho ilícito (omisión de apoyo), por fuera del Código Penal Militar (atendiendo al hecho de que tal proceder no se verificó dentro de las márgenes del servicio)?

Nosotros creemos que tal argumento, con el que se pretendería enmarcar tal conducta dentro del Código Penal, lo que hace es desestructurar totalmente el carácter típico de la conducta, al menos en relación con la omisión de apoyo, tanto dentro del Código Penal común, como del Código Penal Militar, con lo que el paradigma propuesto terminaría siendo totalmente improcedente: La única manera en que un agente de la Fuerza Pública puede incurrir en omisión de apoyo, es cuando lo hace dentro del servicio activo, como que así lo exige la norma cuando indica que el apoyo pedido debe haberlo sido en la forma prevista en la ley (entendiendo que ésta, lo primero que habrá de exigir en tal sentido, es que el destinatario de tal solicitud de apoyo, sea la persona competente para recibir tal orden, debiéndose comprender allí, cuando menos, que el referido agente se encuentre en servicio). Y si todo ello es así, como creemos fielmente que lo es, no podrá menos que decirse que el artículo en análisis termina siendo inaplicable, en la medida en que, frente a uno de tales eventos de omisión de apoyo, materializados por parte de un agente de la Fuerza Pública, en tanto se trate de un militar o de un policía, habría de ser la contemplada en el artículo 214 del Código Penal Militar, y no la del artículo 160 del Código Penal.

1.1.2. *SUJETO PASIVO.*

Como de costumbre, diremos que el sujeto pasivo es el Estado, en cuanto titular del bien jurídico administración pública. Y que, por otro lado, un particular puede observar la calidad de perjudicado, cuando de la omisión de apoyo que patentiza un agente de la Fuerza Pública, frente a una autoridad competente, se sigue la causación de afectaciones para él, bien a nivel material o moral.

1.2. LOS OBJETOS.

1.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

El interés jurídico aquí tutelado, es el que atañe al buen funcionamiento de la administración pública, así como a la oportuna intervención de la Fuerza Pública para atender las solicitudes formuladas por la autoridad competente[763]. Dicho de otra manera, si las autoridades de la República deben colaborar armónicamente y prestarse recíproca ayuda para el cumplimiento de sus cometidos (art. 2o. inciso

[763] Ibídem, pág. 217.

2o; y art. 113, inc. 2o. Constitución Nacional), síguese que los agentes de la Fuerza Pública deben acudir pronta y eficazmente en apoyo de las demás autoridades para hacer cumplir lo que ellas legalmente han dispuesto, de tal manera que se sanciona aquí, el desconocimiento que de tal deber y obligación, patentice un determinado agente de la Fuerza Pública.

1.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

La conducta que deja de realizar el sujeto activo de esta infracción, recae sobre el apoyo que le fuese pedido por parte de la autoridad competente, con el cumplimiento de las formas legales, el que, finalmente, no es prestado.

Por apoyo, en tanto conducta (que no como sustantivo), se entiende "protección, auxilio, favor": De esta manera, lo que está omitiendo el sujeto activo de la infracción, con su actuar negativo, es el respaldo, la protección, la ayuda que para el cumplimiento de sus fines, cometidos, objetivos y propósitos, le ha sido demandado por parte de una autoridad competente: La Fuerza Pública, como se ha visto, cuenta con la posibilidad material de la coacción, esto es, que bajo la fuerza puede dispensar cumplimiento, acatamiento, respeto, materialización a las órdenes de otras autoridades que, como las administrativas, las legislativas y, evidentemente las jurisdiccionales, no cuentan con esos medios materiales para la realización del derecho. Por ello, cuando un agente de la Fuerza Pública omite prestar el apoyo que, con fundamento constitucional y legal debiera prestar a la autoridad competente, no sólo está desquiciando el orden interno del Estado, a través de la afectación de las bases estructurales de la administración pública sino que, finalmente está haciendo descansar toda su conducta omisiva, en relación con el apoyo pedido que, como se vio, puede pretender tanto la ejecución material de una orden, como el respaldo debido para el acatamiento de un mandato puramente jurídico, por lo que, ello tiene que reconocerse, singular trascendencia observa, para la conservación y permanencia del Estado y de la administración pública, reporta la acriminación de este comportamiento.

1.3. LA CONDUCTA.

La conducta ejecutiva propia de este tipo penal consiste en que un agente de la Fuerza Pública (concepto suficientemente conocido y debatido), teniendo el deber legal y/o constitucional de apoyar a la autoridad competente, rehúsa o demora indebidamente la prestación de ese apoyo pedido por la autoridad competente, la misma que debe haber impartido tal orden en la forma establecida por la ley. Veamos:

1.3.1. *EL PRESUPUESTO DE LA NORMA: LA EXISTENCIA DEL DEBER LEGAL DE ACTUAR.*

Sabido es que el delito puede cometerse tanto por acción como por omisión (artículo 19, Código Penal), y que, a su vez, cuando de la conducta omisiva se

trata, ella puede aludir tanto a una simple omisión (dejar hacer), como en una comisión por omisión (no hacer lo que se tiene que hacer, cuando era debido).

Esta última hipótesis, a saber, la de la comisión por omisión, parte, a su vez, del supuesto de que el agente tenga el deber jurídico de actuar (que fue, precisamente, lo que él omitió), y que es lo que se conoce como la posición de garante, la misma que encuentra su fundamento en el inciso segundo del artículo 21 del Código Penal, según el cual:

> "Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

Es evidente, entonces, que si uno de los fines del Estado es el de "defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo" (inciso primero, artículo 2o. Constitución Nacional); que si las autoridades de la República se encuentran instituidas, entre otras cosas, "para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado" (inciso segundo, artículo 2o. Constitución Nacional); y que si "los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines" (inciso segundo, artículo 113, Constitución Nacional), puede colegirse, entonces, que es obligación para la Fuerza Pública, con raigambre constitucional, el prestar el apoyo que, en un momento determinado, le es solicitado, con el cumplimiento de las formas legales pertinentes, por parte de otra autoridad, todo lo cual se subraya especialmente, cuando se recuerda que la función primordial de las Fuerzas Militares es la de la "defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional" (inciso segundo, artículo 217, Constitución Nacional), amén de que el fin primordial de la Policía Nacional es el del "mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz" (inciso segundo, artículo 218, Constitución Nacional).

Por ello, no debe extrañar entonces que ahora se diga, por parte de nosotros, que el tipo penal de la omisión de apoyo parte de un supuesto fundamental: El supuesto de que los agentes de la Fuerza Pública, tanto individual como institucionalmente considerados, tienen el deber jurídico (con bases constitucionales, como se ha visto), de apoyar a los demás órganos de la administración pública (entendido el concepto en forma general), desde el punto de vista fáctico, material, para el cumplimiento de sus fines y objetivos, y el logro y materialización de sus órdenes y mandatos.

Allí, pues, se fundamenta, en un primer momento, la razón de acriminación de esta conducta: En el hecho de que el agente delictual ha desconocido, con ese actuar omisivo, ese deber jurídico, esa posición de garante, que le fuese asignada por parte del ordenamiento jurídico en beneficio de toda la administración pública, y de la comunidad en general.

1.3.2. *LOS VERBOS RECTORES DE LA CONDUCTA EJECUTIVA: REHUSAR Y DEMORAR.*

Ya habíamos nosotros practicado una exhaustiva revisión de estas dos formas comportamentales, a todas luces alternativas, cuando practicamos el análisis del prevaricato por omisión: En esa oportunidad, sintéticamente, decíamos que rehusar era no hacer lo que había sido pedido o solicitado por otro; y que demorar era actuar, pero de manera tardía, inoportuna, por fuera del término indicado (por la ley o por las circunstancias).

De manera que incurre en omisión de apoyo tanto el agente de la Fuerza Pública que, definitiva y absolutamente, no le presta a la autoridad competente el apoyo que le fuese solicitado en debida forma, como el que sí le presta ese apoyo, pero de manera tardía extemporánea: Por ejemplo, incurriría tanto en omisión de apoyo el comandante de policía que no atiende la orden de captura impartida por un juez (la bota a la basura, una vez que la recibe), como el que la cumple, pero tardíamente (el que sí trata de materizalizar tal orden de captura, pero lo hace dos o tres días después de haberla recibido, concediendo, de paso, la oportunidad a que la persona que debiera haber sido capturada, huyera).

Esa demora, como se ha dicho, puede ser porque se haga lo debido, esto es, se preste el apoyo requerido, por fuera de los términos legales (lo que comportaría un criterio absolutamente objetivo), como también que se haga por fuera de la oportunidad debida (lo que acarrearía un criterio, justo es reconocerlo, subjetivo y situacional en demasía): A nuestro de modo de ver, no siempre la ley demarca clara y precisamente los derroteros temporales dentro de los cuales debe cumplirse una orden, impartida por autoridad competente bajo las formas legales, por parte de la Fuerza Pública. Y en esos casos, entonces, creemos que habrá de atenderse al elemento oportunidad, para poder señalar cuándo ha habido demora en el cumplimiento de la orden, pues que sostener criterio contrario equivaldría a hacer absolutamente nugatoria la posibilidad de aplicación y materialización de esta figura delictual.

Baste al efecto, preguntar: De cuánto tiempo disponen los miembros de la Fuerza Pública, por ejemplo, para hacer efectiva una orden de captura impartida por un juez de la República? La ley no señala término al respecto, porque esa es una cuestión de hecho, toda vez que así como hay capturas que pueden ser adelantadas y materializadas en el acto, por la persona a capturar (no es o no tiene fama de peligrosa, es fácil de capturar por que no se encuentra armada o por la notoriedad en cuanto a su conocimiento y paradero, etc.), las circunstancias de tiempo (hora) y lugar (distancias), etc., hay otras capturas que tardan días, semanas y hasta meses (por la mediación de toda suerte de circunstancias objetivas y subjetivas inherentes a la captura). Cuándo, en cualquiera de estas últimas hipótesis, podrá decirse que hay demora en la atención de la orden impartida por la autoridad? Esa será una cuestión que habrá de resolverse de acuerdo con la situación, en conjunción con el principio de lesividad, de cara al objeto jurídico de este tipo

y, evidentemente, en atención al bien jurídico tutelado: Así como en determinadas circunstancias podrá decirse que está demorada una captura que no ha sido materializada en quince días o en un mes, habrá otras respecto de las cuales no podrá ofrecerse idéntica conclusión.

Ese último punto, precisamente, es el que amerita que la norma recalque el hecho de que tal demora sea indebida, pues que, como se ha puesto de presente, hay demoras que sí son debidas (sin que sea menester que conjuguen la condición de justificadas): Se excluyen pues, los casos en que el agente se encuentre en imposibilidad de cumplir la orden o de prestar el apoyo solicitado, por cuestiones puramente fácticas o materiales (no hay transporte disponible, o lo hay, pero no hay forma de obtener el combustible necesario; no hay disponibilidad de personal, etc.), o porque, en otro sentido, exista una norma legal que lo autorice a eximirse de prestar tal apoyo, como cuando un agente se niega a maltratar al detenido.

Obviamente, tanto en el caso del rechazo a prestar el apoyo, como en el de la demora en la atención del mismo, debe haber mediado una solicitud previa de parte de la autoridad competente[764].

1.3.3. *LA CARACTERIZACIÓN DEL APOYO SOLICITADO Y OMITIDO.*

Ese apoyo que ha sido requerido, por parte de una autoridad, y que ha sido omitido (que es, concretamente, lo que se sanciona aquí, según se ha puesto ello de presente), por parte de otra autoridad (en este caso, representada por el agente de la Fuerza Pública), debe caracterizarse de dos maneras esenciales: En primer término, debe haber sido pedido por autoridad competente; y en segundo lugar, debe haberse solicitado en la forma establecida en la ley:

1.3.3.1. AUTORIDAD COMPETENTE.

Pese a que en un primer momento pudiera pensarse que se sanciona aquí el hecho de que un agente de la Fuerza Pública desatienda a la autoridad, en términos generales, una más atenta lectura de la norma nos indicará que la autoridad cuyos mandatos son desatendidos por el sujeto activo de esta infracción, y que conllevan la estructuración en cuanto típica de la conducta, ha de ser la competente: Por esta vía, queda claro que no basta con que un agente de la Fuerza Pública no atienda la solicitud de apoyo que le formula cualquier autoridad, sino que es menester, en aras de la adecuación como típica de la conducta, que esa autoridad que ha impartido la solicitud de apoyo, sea la competente, no para solicitarlo, sino para requerir el apoyo de la Fuerza Pública.

Autoridad competente, en definitiva, es aquella que por virtud de la ley tiene facultad para solicitar ese apoyo, sin que sea necesario que se trate de una autoridad jerárquicamente superior en relación con quien recibe la orden: La facultad que la ley otorga a ciertas autoridades para poder solicitar el apoyo de la fuerza

[764] Ibídem, pág. 218.

pública, puede referirse a una situación genérica, destinada, por ejemplo, a la conservación del orden público; o puede referirse a casos concretos, como los referentes a las pruebas que se pueden practicar por parte de un funcionario judicial dentro de la etapa de la instrucción, para lo cual puede necesitar, eventualmente, el apoyo de la Fuerza Pública[765].

Puede suceder que una persona natural, que desempeña un determinado cargo o función pública, requiera en un determinado momento el apoyo, la colaboración, el auxilio de la Fuerza Pública: Pero mientras no lo haga para cuestiones relacionadas con el ejercicio de su cargo o función pública, y no sea él el efectivamente competente para los efectos materiales solicitados, no podrá decirse que el miembro de la Fuerza Pública que tal solicitud de apoyo desatiende, esté incurriendo en omisión de apoyo.

Cuanto a lo primero, y a título de ejemplo, podríamos decir que no incurre en omisión de apoyo el policía de tránsito que no atiende la solicitud que le formula un magistrado del tribunal, para que detenga el tránsito vehicular, a fin de poder cruzar él la calle: Si bien ha desatendido ese policía de tránsito una solicitud de apoyo, formulada por un autoridad, es lo cierto que esa autoridad que formuló esa solicitud de apoyo, no lo hizo dentro del marco de sus funciones, esto es, no lo hizo para cuestiones relacionadas con el ejercicio de su cargo o función pública (como sí acontecería, variando un poco el ejemplo, si tal solicitud la formulan algunos agentes motorizados de policía, que persiguen una peligrosa banda de delincuentes que se transportan a bordo de un vehículo automotor). Cuanto a lo segundo, podría proponerse el ejemplo del alcalde que libra una orden de captura contra sus opositores políticos, sindicándolos de la comisión de un delito de hurto, caso en el cual, al no ser él el competente para esos efectos, no tendrá como consecuencia la patentización de una omisión de apoyo respecto del agente de la Fuerza Pública que tal mandato y solicitud de apoyo desatiende.

Este último punto nos hace retornar a algo que ya habíamos dicho al inicio del análisis de este tema específico, como era que, en todo caso, aludimos aquí a eventos relacionados con el servicio oficial, desde la óptica de la persona que recibe la solicitud de apoyo, y que omite, finalmente, dispensarlo: En otras palabras, que no incurrirá en omisión de apoyo el agente de la Fuerza Pública que, estando de franquicia (por asueto o licencia) omite dispensar el apoyo que le es solicitado por la autoridad competente (con lo que terminaríamos diciendo que, al igual que quien imparte la orden, quien la recibe debe ser igualmente competente).

1.3.3.2. *LAS FORMAS LEGALES.*

Dice la norma en estudio, que la solicitud de apoyo impartida por una autoridad a la otra, debe haberse efectuado en la forma establecida por la ley, introduciéndo-

---

[765] Ibídem, pág. 218.

se allí, indiscutiblemente, una norma penal en blanco, entendiendo la remisión que, de manera genérica, hace la norma penal a otros ordenamientos jurídicos.

Si bien no aparece como algo confuso, el hecho de que se refiere aquí la norma tanto a la ley en sentido formal, como a la ley en sentido material, lo que tendríamos que preguntarnos es si es viable la emisión de esa solicitud de apoyo, de manera meramente verbal: Nosotros, contrariando algún sector doctrinal, creemos que ello puede ser así, esto es, que la solicitud de apoyo se emita de manera verbal, sin ningún soporte escrito adicional, como cuando las circunstancias de persecución de unos asaltantes, verdaderamente impiden la expedición de formatos escritos. A pesar de ello, no dejamos de desconocer que es ese un asunto de situación, como que casos habrá, como cuando un funcionario judicial expide una orden de captura, en que sí será menester la forma escrita, según lo ordena el artículo 378 del Código de Procedimiento Penal: Lo que sucede es que, por ejemplo, en eventos de flagrancia, cualquier persona, incluido un particular, puede practicar esa captura, aún sin que medie escrito, porque la misma ley penal adjetiva, en su artículo 371, así lo permite.

La norma, dice con acierto BERNAL PINZÓN[766], alude a los requisitos formales de la solicitud de apoyo, y no a los sustanciales: De tal manera, y salvo casos extraordinarios, el agente no puede negarse a prestar el apoyo pedido o a cumplir la orden dada por la autoridad competente, por el hecho de que no comparta los puntos de vista de la autoridad que lo solicita. Dicho de otra manera, al agente de policía debe bastarle con que la orden de captura que le ha sido entregada por escrito, haya sido expedida por un funcionario judicial, con el respaldo de las firmas pertinentes, sin que le sea dable discutir o controvertir si es o no pertinente, conveniente o legal la expedición de tal orden de captura.

2. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

2.1. TENTATIVA.

Por ser un tipo penal de carácter omisivo, tiénese que es este un tipo penal que no admite la forma imperfecta de la tentativa (que se refiere, en cuanto a la ejecución de actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación a tipos penales de acción).

2.2. CONCURSO DE TIPOS.

En la medida en que aparece como un tipo penal especial frente al del prevaricato por omisión, no vemos posibilidad de que la omisión de apoyo pueda entrar en un concurso efectivo de tipos penales con aquel: o se aplica este, cuando el

---

[766] Ibídem, págs. 218-219.

sujeto activo es un agente de la Fuerza Pública (con todas las advertencias que al respecto apuntamos anteriormente); o se aplica aquel, si el sujeto activo no conjuga esa específica calidad.

Por eso mismo, si el sentido de la acriminación de esta conducta, de manera autónoma, radica en el hecho de que hay una mayor gravedad en el injusto, en atención a la calidad del sujeto activo[767], no es claro, como acertadamente lo propone GÓMEZ MÉNDEZ[768], que la pena indicada para este abuso de autoridad resulte siendo menor que la indicada para el prevaricato: Por el contrario, la calidad particular de agente de la Fuerza Pública debiera constituir una circunstancia específica de agravación del prevaricato por omisión.

[767] Tal como en su época lo planteaba Bernal Pinzón, siguiendo en ello a Arenas. *Op. Cit.* Pág. 209.

[768] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 143.

SUBSECCIÓN NOVENA
DE LA USURPACIÓN Y ABUSO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS

CAPÍTULO PRIMERO
GENERALIDADES

1. RAZÓN DE ACRIMINACIÓN.

Cuando de establecer el sentido, fundamento o razón de ser de las normas contenidas en este capítulo se trata, lo primero que hemos de hacer es tener en claro dos cosas: La primera, que sólo la administración pública puede ser titular, ejecutora y materializadora de la función pública; y la segunda, que cuando una persona desarrolla las facultades, atribuciones, privilegios y poderes propios de esa función pública, sin estar legalmente facultado, autorizado o habilitado para ello, podemos decir que esa persona está usurpando la función pública.

De allí, precisamente, deriva su denominación el presente capítulo: el "nomen iuris" de este capítulo no deriva, como es lo general dentro del Código Penal, del bien jurídico tutelado, y ni siquiera del objeto jurídico de los tipos penales aquí previstos, sino de la conducta objetiva o externa, desplegada por el agente delictual.

Usurpar, dice ORTIZ RODRÍGUEZ[769], es tanto como arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, es decir, usar de ellos como si fueran propios. El usurpador se atribuye funciones que no tiene legalmente, se atribuye la calidad de servidor público sin tenerla realmente. Por eso los tres tipos penales aquí contenidos, son formas de usurpación de funciones públicas, de tal manera que la agregación abuso de funciones públicas, carece de importancia en la denominación del capítulo: Cuando un servidor público, prevalido de su cargo, desempeña funciones diferentes a las que realmente le corresponden, habrá que decir que, respecto de estas últimas, esto es, las por él indebidamente desarrolladas, está materializando una usurpación de funciones, en la medida en que está desplazando a su titular real, verdadero, del ejercicio de las mismas.

2. ANTECEDENTES.

Los artículos 161 a 163 del Código Penal actualmente vigente, encuentran su fundamento inmediato en los artículos 182 y 183 del Código Penal de 1936, con-

---

[769] Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 151.

tenidos dentro del capítulo VII del Título III, relativo a los delitos contra la administración pública, que allí se denominaba de la usurpación de funciones públicas, los mismos que observaban el siguiente tenor literal:

> "ART. 182. - 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".
> "ART. 183. - El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que continúe desempeñando el cargo después de habérsele notificado la cesación o suspensión del ejercicio de sus funciones, incurrirá en las mismas sanciones de que trata el artículo anterior".

Era tan confusa esa reglamentación, que comparándolas con las actuales, el profesor LUIS CARLOS PÉREZ[770] llega a consignar que los tres tipos penales que actualmente rigen, vinieron a reemplazar ventajosamente a los propios del Código Penal de 1936, toda vez que, en vigencia de este último estatuto, "jamás pudo distinguirse la usurpación realizada por particulares de los abusos de los empleados, ni la simulación de autoridad", recordando que la misma Corte Suprema de Justicia, en fallo de Abril 2 de 1982, había señalado que esas normas se referían tanto al particular que asume un cargo público, sin investidura, como al empleado que desempeñaba funciones atribuidas a otro, precisando:

> "Durante mucho tiempo la Corte consideró que no podía ser sujeto activo de este ilícito un funcionario público, y aún llegó a expresar que cuando uno de estos invadía la órbita de otro, tal hecho no era constitutivo de delito", siguiendo doctrinas foráneas, principalmente italianas, según las cuales el empleado "cuando usurpa funciones, debe ser considerado como un simple particular". Tal el parecer de MAGGIORE, expresado en esta nota de pié de página:
> "Es verdad que el sujeto activo del delito previsto en el art. 347 del Código (italiano) puede ser únicamente un particular, pero cuando un funcionario público invade, con actos idóneos y concretos, las funciones de otro, cuyo cargo asume, el agente debe ser considerado como un particular".

Ciertamente, creemos, como lo hace PÉREZ, que esa modificación normativa resulta ser altamente ventajosa, como que se distingue ahora, con singular claridad, que uno es el caso del particular que usurpa funciones públicas; otro, es el del servidor público que usurpa las funciones de otro funcionario; y un tercer caso, es el de quien simplemente simula la autoridad o ser titular del cargo. Y no creemos que ahora haga falta el tipo penal anteriormente previsto en el artículo 183 del Código Penal de 1936, por una razón fundamental: si de lo que se trata es de desvincularlo definitivamente del cargo, a lo que él se opone, podría decirse que estamos en presencia de una pura y clara usurpación de funciones, en los términos y condiciones del artículo 161 del Código Penal.

---

[770] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 321.

En este último sentido, de manera específica, se pronuncia el profesor LUIS CARLOS PÉREZ[771], cuando al explicar quién es, o puede ser, sujeto activo de la usurpación de funciones públicas, expresa que esta conducta se realiza asumiendo la investidura de determinado servidor, pero también sin ostentar título para ello, de tal manera que puede ser sujeto activo quien en ningún momento ha sido investido de autoridad, "y más comúnmente, por el que ya no es empleado, verbigracia, por haber sido suspendido del cargo"[772].

3. DE LOS TIPOS PENALES EN PARTICULAR.

Nos encontramos aquí en presencia de los tipos penales a través de los cuales el legislador pretende establecer una específica protección a la administración pública: La que comporta preservar la exclusividad del manejo, desarrollo y materialización de la función pública, en cabeza de la administración pública.

Evidentemente, tal como será ello en su momento examinado, en relación con el ejercicio, exclusivo y excluyente, que de la función pública debe hacer la administración, tiénese que pueda atentarse contra la misma de dos maneras: Una cuando una persona se abroga, sin permisión legal alguna, el ejercicio de tales funciones públicas; y la otra, cuando lo que se suplanta es el cargo, esto es, el título de funcionario.

Lo primero, es decir, la usurpación de funciones públicas, a su vez, puede ser desarrollado por dos clases de sujetos: De una parte, por un particular, cuando sin autorización legal alguna se aplica al ejercicio de funciones públicas (caso contemplado en el artículo 161 del C.P.); y de la otra, cuando es un servidor público quien, prevalido de su cargo, realiza funciones públicas de las que legalmente le corresponden (hipótesis prevista en el artículo 162).

Por ello, partiendo del supuesto de que lo que se protege aquí -en sede de este capítulo del Título III de la parte especial del Código Penal- es la exclusividad en la detención de la función pública, como radicada en cabeza de la administración, lo que obviamente aparecería como algo vital para la pervivencia del Estado y, por ende, de interés para los coasociados, podríamos decir que tal objeto jurídico puede ser puesto en entredicho:

- Desde afuera (por parte de un "extraneus"), que usurpa, bien la función (caso en el cual la conducta se prevé en el art. 161) o bien el cargo (según el tipo penal contemplado en el art. 163).

- O desde adentro (por parte de un "intraneus"), que usurpa o el cargo (art. 163) o la función (art. 162).

En uno y otro caso, creemos, las penas que se contemplan para la hipótesis de materialización de estas conductas, no se compadecen con la importancia, significación y trascendencia del precitado objeto jurídico, según habrá ello de ser puesto de presente en párrafos posteriores.

---

[771] Ibídem, pág. 322.

[772] En el mismo sentido se pronuncia Arenas: *Op. Cit.* Pág. 86.

CAPÍTULO SEGUNDO

USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS

1. REGLAMENTACIÓN LEGAL.

Dispone el artículo 161 del Código Penal que

"El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años".

2. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA.

2.1. LOS SUJETOS.

2.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Paradójicamente, podríamos decir que es este un tipo penal de sujeto activo calificado por exclusión: En la medida en que el sujeto activo de esta forma de infracción a la ley penal tiene que ser un particular, tiénese que no puede ser sujeto activo del mismo un servidor público, en la medida en que, dentro de la hipótesis en que un servidor público desempeñase funciones ajenas a las que legalmente le corresponde, estaría incurriendo en la conducta prevista en el artículo 162 del mismo Código Penal.

Ahora bien, debe decirse que ese particular que observa la calidad de sujeto activo de esta infracción, con su comportamiento está usurpando, en puridad, dos cosas: De una parte, las funciones públicas (que es, precisamente, lo que se acrimina en este tipo penal); pero, de la otra parte, es claro que para la usurpación de funciones, es menester que previa o coetáneamente ese particular simule investidura o cargo público (que es lo que se sanciona bajo los parámetros del artículo 163 ejusdem). Será, entonces, que cuando una persona, prevalida de la imagen de servidor público (que real y verdaderamente no ostenta, en la medida en que la está simulando), usurpa funciones públicas, incurre en un concurso de tipos penales, conforme a lo normado en los artículos 161 y 163 del Código Penal? Nosotros creemos que no, es decir, que no hay, que no puede presentarse concurso de tipos (efectivo) entre los artículos 161 y 163 del Código Penal, por la sencilla razón de que el mismo artículo 163 excluye tal posibilidad.

En efecto, si se revisa el contenido normativo del artículo 163 del Código Penal, se observará que el mismo comienza diciendo "el que únicamente simulare...": De allí, es claro que el tipo penal previsto en el artículo 161 subsume el contenido en el artículo 163, de tal manera que cuando una persona simula investidura o cargo público, con fundamento en lo cual se aplica al ejercicio (obviamente como usurpador) de funciones públicas, estaremos en presencia de un con-

curso aparente de tipos penales que, en este caso, se resuelve por el principio de subsunción, como que el ejercicio de funciones públicas usurpadas, subsume la simulación de la investidura o cargo, por vías de lo cual sólo se sanciona al agente delictual con base en el artículo 161, y no por el artículo 163, y mucho menos por un concurso efectivo de tipos penales entre esos dos artículos.

Finalmente, compartimos la tesis de GÓMEZ MÉNDEZ[773], según la cual el llamado funcionario de hecho, es decir, quien ha sido irregularmente nombrado, no puede ser considerado, para estos efectos, como un particular: El es, en todo sentido, un servidor público, o sea que responde como tal, frente a todos los desmanes o irregularidades que en contra de la administración pública pudiera llegar a cometer, tales como un peculado, una concusión, un prevaricato, etc., y, finalmente, un abuso de funciones públicas, tal como lo prevé el artículo 162 del Código Penal.

2.1.2. *SUJETO PASIVO.*

Sujeto pasivo de esta infracción a la ley penal lo es el Estado, en tanto titular de la administración pública, que es, al fin de cuentas, el bien jurídico aquí tutelado.

Es claro que si un particular resulta patrimonialmente afectado con los hechos, actos o, en general, conductas oficiales desarrolladas por parte del agente de la infracción, dentro del marco de esa usurpación de funciones, no será sujeto pasivo de esta infracción, pero sí habrá (podrá) ser tenido como perjudicado con la infracción, a la par que la misma administración pública: Así, si dos personas han contraído matrimonio ante una persona que simula ser notario, y, bajo tal apariencia, desarrolla las funciones de tal, esto es, las inherentes al cargo, se tendrá que, en verdad, no han contraído ellas matrimonio válido. Ello significará que siendo ese falso notario autor de un delito de usurpación de funciones (y no de simulación de autoridad, como ha quedado ya visto; y ni siquiera de un concurso delictual), la administración pública será la ofendida y, lo que es más, perjudicada primaria con la patentización de tal conducta: Pero ello en ningún momento riñe con la idea de que esas personas que pretendían contraer matrimonio, y que vieron frustradas sus aspiraciones por la circunstancia anteriormente anotada, no detenten también la condición de perjudicadas, habida cuenta los perjuicios de todo orden (tanto materiales como morales), que les han sido irrogados con la materialización de tal conducta punible.

2.2. LOS OBJETOS.

2.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

El objeto jurídico es el interés que, en relación con el bien jurídico, se tutela por un tipo penal: partiendo de tal premisa, diremos que siendo el bien jurídico la

---

[773] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 144.

administración pública, el objeto jurídico de este tipo penal será o estará representado por el interés que en relación con ese bien jurídico se pretende tutelar aquí, que no es otra cosa que su titularidad exclusiva y excluyente sobre la función pública, sancionando a los particulares que, sin permiso o autorización legal alguna, ejercitan funciones públicas (que es, precisamente, lo que evoca la usurpación).

Por ello, podríamos sintetizar nuestra posición diciendo que en la medida en que el Estado tiene interés en que las funciones públicas sean ejercidas por los servidores públicos y no por los particulares, que no tienen ese carácter, a través de la acriminación de este comportamiento se busca que las funciones públicas sean ejercidas por quienes tienen facultad legal para ello, y no por terceras personas.

2.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

El objeto material propio de este tipo penal, estaría representado por la función pública, entendiendo que es sobre ella en la cual recae la conducta objetiva.

Por función pública, sostiene PÉREZ[774], se entiende no solamente la actividad política, sino también el ejercicio de toda misión o tarea en desarrollo de los servicios a las comunidades, grupos o personas. CARLO SALTELLI y ROMANO DI FALCO[775], a su turno, indican que "ejercita una función pública,..., toda persona física, que forma o concurre a formar con su voluntad individual la voluntad del Estado u otro ente público dirigida al logro de un fin público".

Función pública, en síntesis, es la actividad estatal encaminada a la obtención de un fin de beneficio común que, en principio, sólo puede ser desarrollada por el mismo Estado. Por ello, BERNAL PINZÓN[776] acota que la característica de la función pública nace, no solamente del objeto de la actividad correlativa, sino también del sujeto de ella, no pudiéndose concluir, tampoco, que toda actividad que se desarrolla en interés público es, por ese sólo hecho, función pública: Lo es, únicamente, aquella que el Estado ha reservado en forma exclusiva a sus propios organismos esenciales o auxiliares, y que no puede ser ejercitada por los particulares sin una especial concesión autorización, salvo los casos de necesidad. De ahí que, si una actividad de interés público se ha dejado totalmente a la iniciativa privada, asume por ello mismo el carácter del sujeto a quien se ha encomendado su prestación; tomando así el carácter de actividad privada, aquella actividad que en determinadas circunstancias puede llegar a ser un servicio de necesidad pública. De esta guisa, si una actividad que ejerce también el Estado, por medio de sus organismos auxiliares (beneficencia, asistencia social, instrucción) puede ser pres-

---

[774] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 323.

[775] Citados por Bernal Pinzón, *Op. Cit.* Pág. 245.

[776] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 245.

tada sin necesidad de autorización por los particulares, ese ejercicio no constituye función pública.

2.3. LA CONDUCTA.

La conducta objetiva realizadora de este tipo penal, admite ser diseccionada en los siguientes elementos:

- Partiendo de la base de que el sujeto activo sea un particular, de lo que se trata es de que el mismo ejerza funciones públicas;

- La caracterización de ese ejercicio de funciones públicas, por parte de ese particular, es la de que lo haga sin autorización legal.

- Que esas funciones públicas que de tal manera se ejercen, sean inherentes al cargo que se está usurpando. Veamos:

2.3.1. *EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS.*

Conocido ya qué es lo que se entiende por función pública, en relación con este componente propio de la conducta ejecutiva restaría por analizar el contenido del verbo rector, que no es otro que el de ejercer.

Ejercer es desempeñar, desarrollar. Según el DICCIONARIO DE LA LENGUA[777], ejercer significa practicar los actos propios de un oficio, facultad, virtud, etc..

Ahora bien, el ejercicio de la función pública debe revelarse en actos precisos y determinados, esto es, idóneos y concretos, cual sería el caso de impartir la orden de aprehender a una persona, el desvío del tráfico de vehículos o su retención, introducirse en una habitación, etc.[778]: No se incrimina, pues, el simple propósito de actuar, sino la conducta misma, por lo que se dice que el delito, siendo de mera conducta, exige de un resultado fenoménico, cual es la materialización de la conducta misma.

Empero, no se requiere tampoco la realización de varias funciones, toda vez que puede llevarse a cabo una sola, en cualquiera de los ámbitos de la administración: administrativo (incluyendo el parlamentario), policivo, militar, jurisdiccional, electoral, etc..

2.3.2. *QUE ESE EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS, SE HAGA SIN AUTORIZACIÓN LEGAL.*

Exige la norma que el agente de la infracción, sin contar con facultad legal para ello, realice actos propios de un determinado empleo o cargo público. Por ello,

---

[777] Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, 1984. 20a. ed. Tomo I. Pág. 527.

[778] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 323.

debemos recordar que hay casos en que el particular ejerce funciones públicas, sin que su conducta llegue a ser punible, como acontece cuando expresamente habilitado por la ley para cumplirlas, cual es el caso que se presenta en la captura del delincuente "*in flagranti delicti*", por los particulares que prevé el inciso primero del artículo 371 del Código de Procedimiento Penal, siendo ese un evento en el cual un particular, contando con la debida autorización y permisión legal (con lo cual su conducta no sería siquiera típica), estará desempeñando funciones públicas.

Otros ejemplos serían los de los miembros de los tribunales de arbitramento (que, siendo particulares, desempeñan funciones judiciales), los conjueces de la rama jurisdiccional (respecto de los cuales se conjuga la misma situación de los anteriores), los peritos (que cumplen una función de auxilio a la judicatura), etc., que siendo particulares, y sin dejar de serlo, cumplen funciones públicas bajo autorización y mandato legal, por lo que no puede decirse que estén ellos usurpando funciones públicas.

La legalidad de la autorización que exige el artículo 161, no sólo debe provenir de la ley en sentido formal, sino que también puede derivar de la ley en sentido material, de suerte tal que puede encontrar como fundamento un decreto, una ordenanza, un acuerdo, etc..

2.3.3. *QUE LAS FUNCIONES PÚBLICAS ASÍ EJERCIDAS, SEAN INHERENTES AL CARGO QUE SE USURPA.*

Creemos nosotros que, dentro del marco de la norma que se examina, se contempla la situación de una persona (particular) que, sin tener facultad legal para ello, realiza actos propios de un determinado empleo público: De lo que se trata es de que, habiendo simulado investidura o cargo, ese particular ejecuta, desarrolla, las funciones públicas inherentes a ese cargo. Y a tal conclusión llegamos, porque somos de la opinión de que si de lo que se trata es de que, simulando un cargo, ejercita funciones atinentes a otro cargo, podría, ahí sí, hablarse de un concurso efectivo de tipos penales entre el artículo 161 y el artículo 163 (usurpó funciones públicas y, de otro lado, simuló investidura o cargo).

En síntesis, para que opere la norma del artículo 161 y, de paso, se entienda que tal disposición subsume la del artículo 163, es necesario que la función pública que de manera irregular se ejerce, sea inherente al cargo (investidura o autoridad) que se ha usurpado: De lo contrario, como se ha dicho, cabría la posibilidad de deducir un concurso efectivo de tipos penales, toda vez que al no guardar correspondencia la autoridad o investidura simulada, con las funciones públicas ejercidas, estamos en presencia de dos resultados fenoménicos totalmente diferentes que, como tales, ameritan distintos encuadramientos típicos, pudiendo entrar en concurso, en los términos y condiciones del artículo 26 del Código Penal.

3. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

3.1. TENTATIVA.

Se discute en la doctrina si este tipo penal admite la forma imperfecta de la tentativa. Concretamente, GÓMEZ MENDEZ[779] se muestra partidario de tal posibilidad, sobre la base de que ello es perfectamente concebible, en la medida en que se trata de un delito de resultado, como cuando el agente realiza actos encaminados al cumplimiento de una función pública y no logra el resultado.

Y es que si bien, en el plano puramente académico y teórico, nosotros compartiríamos tal apreciación, es lo cierto que ya en el plano eminentemente jurídico-positivo, no podemos prohijar tal apreciación, por una sencilla razón, que no es otra que la que encierra el artículo 163 del Código Penal ("El que únicamente simulare investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública..."), en la medida en que, con tal norma, se están sancionando, de manera autónoma, los potenciales actos preparatorios de la usurpación de funciones públicas: En efecto, cuando una persona aspira a usurpar unas determinadas funciones públicas, lo primero que ha de hacer es simular autoridad, ante lo cual, habrá que decir que, cuando menos, se tiene ya consumado el tipo penal del artículo 163. Si esa persona, a más de la simulación de la autoridad, logra ejercer las funciones públicas inherentes a ese cargo que usurpa, estaremos ya en presencia de la usurpación de funciones de que trata el artículo 161, descartando toda posibilidad de aplicación, así sea por concurso de tipos penales (por el principio de subsunción, según se ha visto), del artículo 163; y si el agente delictual, no obstante la simulación de autoridad, no alcanza a ejercer funciones, nos parece que, sin haber consumado el tipo penal previsto en el artículo 161, sí consumó el del 163, no siendo pertinente excluir la aplicación de este último, con la forzada interpretación (a nuestro modo de ver) de que hay tentativa de usurpación de funciones.

Por ello, pues, consideramos que no es posible hablar de tentativa de usurpación de funciones: Porque, cuando menos, los actos ejecutivos comportarán la consumación de la simulación de investidura o cargo (si no es que, desde otro punto de vista, no resultan ser completamente equívocos, no dando lugar a la estructuración, en cuanto tal, de una tentativa, tal como la concibe el artículo 22 del Código Penal).

3.2. CONCURSO DE TIPOS.

La usurpación de funciones públicas puede concurrir con otros tipos penales, como cuando un particular, haciéndose pasar por juez, priva de su libertad a una persona, incurriendo en usurpación de funciones públicas y en secuestro[780]. Igual sucedería si el medio engañoso utilizado para inducir en error al sujeto pasivo del delito contra el patrimonio económico, consiste precisamente en hacer creer que es

---

[779] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit:* Pág. 145.

[780] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 86.

agente del Estado, y que se ejerce una función pública, caso en el cual concurriría con la estafa[781].

Con respecto a lo que no cabría la posibilidad de concurso, sería en relación con el contenido del artículo 20 del decreto 180 de 1988, en la medida en que es este un tipo penal especial, que contempla un especial elemento subjetivo del tipo, en presencia del cual, la norma que tiene que ser aplicada es esta última (y no la que se viene analizando). No olvidemos que el artículo en cita, dispone:

> "ART. 20, Decr. 180/88 (Incorporado como legislación permanente por el artículo 4o. del Decreto 2266 de 1991). 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 en multa de diez (10) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales".

3.3. PARTICIPACIÓN.

Puede suceder, perfectamente, que el particular que usurpa tales funciones, cuente con coautores, tanto materiales como intelectuales, e, inclusive, con cómplices. Lo que habría de preguntarse aquí es si es posible que un servidor público opere como coautor a título de determinador de un particular, a fin de que este último desempeñe, por usurpación, algunas funciones públicas: Nosotros creemos que sí, porque para la determinación, en tanto actuación o papel de participación fundante de responsabilidad penal, ni se excluyen ni se exigen calidades, las que únicamente se exigen por la ley penal, para el autor material, inmediato, en los delitos de propia mano o de sujeto activo calificado.

4. EVALUACIÓN GENERAL DE LA NORMA.

Con prescindencia de cuestiones dogmáticas referidas al tipo penal, en cuanto tal, somos de la opinión de que demasiado benigna resulta ser la sanción para esta conducta, si se tiene en cuenta la gravedad objetiva del hecho materializado: Pareciera evaluar en muy poco la administración, esa detentación exclusiva y excluyente de la función pública, si se avista la sanción imponible para el evento de la observancia de una conducta atentatoria de tal atribución. Y que no se diga, tampoco, que la solución a tal defecto se encuentra contenida en el artículo 20 del decreto 180 de 1988, toda vez que el mismo exige la mediación, para la simple estructuración en cuanto típica de la conducta, de un especial elemento subjetivo del tipo, ante cuyo defecto, habremos de volver a la norma general contemplada en el artículo 161 del Código Penal.

---

[781] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 145.

CAPÍTULO TERCERO

ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA

0. GENERALIDADES.

0.1. PRESENTACIÓN.

Intimamente relacionado con la usurpación de funciones públicas de que trata el artículo 161 del Código Penal, aparece el contenido normativo del artículo 162 ejusdem, como que mientras aquel hace referencia al hecho de que un particular desempeña funciones públicas que (obviamente, dada su condición de particular), no le corresponden; éste apunta a sancionar al servidor público que desempeña funciones públicas, diferentes a las que legalmente le corresponden, en donde es claro que, de no existir este tipo penal específico (es decir, el contenido en el artículo 162 del Código Penal), la norma aplicable a estos casos en que un funcionario desempeña funciones públicas diferentes a las que le competen, sería la del precitado artículo 161 (como en alguna medida lo contemplaba el Código Penal de 1936, en su artículo 182).

El presupuesto que exige el artículo 162 del Código Penal actualmente vigente, de cara a su aplicación fáctica, no es otro que el de que ese servidor público obre, para esos efectos, amparado o prevalido de su cargo, toda vez que, en caso contrario, la norma aplicable, una vez más, sería la del artículo 161 (usurpación de funciones públicas).

0.2. REGULACIÓN NORMATIVA.

El artículo 162 del Código Penal -con las modificaciones introducidas por el artículo 18 de la ley 190 de 1995- dispone:

> "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".

0.3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Tal como lo sostiene ARENAS[782], en puridad no es esta una forma delictiva nueva, como que ella simplemente aparece como desmembración del artículo 182 del Código Penal de 1936 que, como se dijo anteriormente, disponía:

---

[782] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág.: 87.

"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".

Decimos que la disposición que se examina no es más que una desmembración del artículo 182 del Código Penal de 1936, por la potísima razón de que el servidor público que ejerce funciones públicas diferentes de las que legalmente le corresponde, es, respecto de estas últimas, un simple particular, según lo pone de presente MAGGIORE[783], siguiendo en ello a la casación italiana.

Precisamente a partir de allí, surge una crítica a la denominación misma de este capítulo, pues que en vez de llamarse usurpación y abuso de funciones públicas, ha debido titularse solamente usurpación de funciones públicas, entendiendo que, en realidad, la conducta que se examina debiera encuadrarse mejor en el capítulo correspondiente a los abusos de autoridad, que es donde se sanciona a los servidores que se exceden o extralimitan en el ejercicio de sus funciones (dándosele así su cabal sentido y dimensión a esta norma).

Aparecen, así, dos diferencias fundamentales entre la concepción normativa del legislador penal de 1936 y el legislador penal de 1980, en cuanto hace a la acriminación de esta conducta en particular:

- La primera, que mientras en el artículo 182 del Código Penal de 1936 no se exigía de un sujeto activo calificado, como que agente de esta infracción podía serlo cualquier persona; en el artículo 162 del Código Penal actualmente vigente, esta conducta tiene que ser patentizada por un sujeto activo calificado, que no es otro que un servidor público;

- Y la segunda, que mientras el artículo 162 del Código Penal de 1936 sancionaba el hecho de que se desempeñara "cualquier función pública" (como tenía que ser, en razón al hecho de que el sujeto activo podía estar representado por cualquier persona); en el artículo 162 del Código Penal de 1980 se sanciona la realización de funciones diversas "de las que legalmente la correspondan" (como debe y tiene que ser, entendiendo que se exige ya una especial cualificación para el sujeto activo, como es la de servidor público, especialmente si se quiere darle algún sentido de aplicación a esta norma, en relación con la contemplada en el artículo 161, anteriormente analizada).

1. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

1.1. LOS SUJETOS.

Creemos que para esta altura de la exposición, debe ser algo plenamente diáfano lo correspondiente a la temática de los sujetos, como que, entendiéndose que sujeto activo ha de ser un servidor público, en los términos del artículo 63 del Código Penal -modificado por el artículo 18 de la ley 190 de 1995-, de hecho o de

[783] Citado por Arenas. *Op. Cit.* Pág. 87.

derecho; sujeto pasivo de la misma infracción es el Estado, en tanto titular del bien jurídico aquí tutelado, que no es otro que la administración pública.

Evidentemente, tratándose, como se trata, de un tipo penal pluriofensivo, bien puede acontecer que un particular aparezca como ofendido, al lado del mismo Estado (y de la administración pública), con la materialización de una de estas conductas.

1.2. LOS OBJETOS.

1.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

Pretende el legislador, a través de la acriminación de esta conducta, que los servidores públicos no invadan los ámbitos de competencia de otros servidores públicos, entendiendo que, por virtud de lo dispuesto en los artículos 121, 122 y 123, inciso segundo de la Constitución Nacional, las funciones y competencias propias de cada cargo público, es tema que debe (tiene) que estar suficiente y plenamente establecido y determinado en la misma Constitución, la ley o, finalmente, el reglamento: Si ello es así, entonces, tiénese que el objeto jurídico de este tipo penal, no es otro que el interés en que ningún servidor público usurpe, invada las funciones de otro, para que no se desborde la competencia fijada en la Constitución, la ley o el reglamento.

Por esta vía, de manera indirecta, puede colegirse que esta norma apunta a la protección tanto de la rectitud como a la eficacia de la administración pública: A la rectitud, porque las funciones públicas deben ser ejercidas, estrictamente, dentro del marco de la legalidad (que se pierde cuando un servidor usurpa, invade o desconoce la órbita funcional y/o de competencia de otro funcionario); y a la eficacia, porque pierde agilidad y presteza esa misma administración pública, cuando un servidor público invade las órbitas funciones de otro funcionario público..

1.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

El objeto material en esta infracción a la ley penal, está representado por la función pública, concepto ese que fuese por nosotros examinado a espacio al revisar la usurpación de funciones públicas, siendo ese, en consecuencia, el motivo por el cual aquí nos limitaremos a remitir a esa exposición.

1.3. LA CONDUCTA.

La conducta ejecutiva propia de esta infracción, partiendo de la base que ha de ser desplegada por parte de un servidor público, se caracteriza por el hecho de que éste (el servidor público que oficia como agente de la infracción):

- Realiza funciones públicas;

- Esas funciones públicas que realiza son diferentes de las que legalmente le corresponden: y,

- Esa conducta es por ese agente delictual materializada en unas especiales circunstancias modales, como que ha de ser abusando de su cargo.

Veamos:

1.3.1. *LA REALIZACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS.*

Conocido ya el contenido de la noción funciones públicas, resta en este acápite por señalar que el vocablo realizar que utiliza la norma no es más que el verbo rector de este tipo penal: Realizar, dice el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA[784], es "efectuar, hacer real y efectiva una cosa".

Así, se infieren varias cosas:

- La primera, que lo que sanciona la norma no es tanto el hecho de que el funcionario abuse de su cargo, sino que realice funciones públicas, por vías de lo cual se establece que, en definitiva, el verbo rector de este tipo penal es el verbo realizar y no el verbo abusar (que aquí no representa más que un elemento específico de carácter descriptivo modal del tipo);

- La segunda, íntimamente vinculada a la anterior, que, en la medida en que no basta con que el agente de la infracción abuse de su cargo, sino que es menester que ese abuso se materialice, se realice, se sigue que el presente es un tipo penal de resultado, y no de mera conducta: No basta con que el sujeto activo abuse del cargo (pues que ello podría encajar en alguno de los tipos precedentemente analizados en el capítulo correspondiente a los abusos de autoridad), sino que es necesario que ese abuso se concrete y materialice en la verificación de un determinado acto;

- La tercera, derivada de lo anterior, que es este, en consecuencia, un tipo penal que, en nuestro sentir, admite la forma imperfecta de la tentativa, como que es plenamente viable que el agente comience la materialización del hecho punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, la misma que no se presenta por circunstancias ajenas a su voluntad: El caso del alcalde que le pide a su secretario jurídico que le haga llegar el proceso penal que se sigue contra un procesado que se encuentra privado de la libertad en la cárcel del municipio, con la aspiración o propósito de dictar sentencia absolutoria, la misma que no llega a producirse por la oportuna intervención del agente del ministerio público. En tal hipótesis, pensamos que el alcalde incurrió, según lo expuesto, en una tentativa de abuso de función pública;

- Y, finalmente, teniéndose que reportar algún resultado en el mundo fenoménico, como derivado del abuso de esas funciones públicas, somos de la opinión de que esa realización puede manifestarse tanto en actos jurídicos (providencias, resoluciones o dictámenes), como en hechos materiales (ejecución física de conductas que alteren o modifiquen el mundo fenoménico).

---

[784] Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Lengua Española.* Op. Cit. Tomo II. Pág. 1148.

1.3.2. *LAS FUNCIONES PÚBLICAS REALIZADAS, HAN DE SER DIVERSAS DE LAS QUE LEGALMENTE LE CORRESPONDEN.*

Lo que sanciona esta disposición no es, como creemos haberlo demostrado, ni el hecho de que se abuse de las funciones públicas (pues que ello podría comportar la materialización de uno cualquiera de los tipos penales atinentes al abuso de autoridad, según fuere el caso concreto), ni el hecho de que se realicen funciones públicas (porque ello, o sería propio de las actividades propias del funcionario, caso en el cual estaría plenamente ajustado a derecho; o sería definitivamente ajeno a su competencia, con lo cual el tipo penal aplicable sería el del artículo 161 del Código Penal, usurpación de funciones públicas): Lo que sanciona esta disposición, es el hecho de que un funcionario, prevalido o amparado en su cargo, realice funciones diversas de las que legalmente le correspondan.

Y cómo determinar cuáles son las funciones que legalmente le corresponden a cada funcionario, dentro de la administración pública, toda vez que aparece ese como un elemento que hace caracterizar a éste, como un tipo penal en blanco? Baste al efecto recordar tres disposiciones contenidas en la Constitución Nacional, cuales son las plasmadas en los artículos 121, 122 y 123 inciso segundo, que observan el siguiente tenor literal:

> "ART. 121. PRINCIPIOS DE LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES ESTATALES. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".
> "ART. 122. NO HAY COMPETENCIA QUE NO ESTE SUJETA A LA LEY O REGLAMENTO. No habrá empleado público que no tenga funciones detalladas en ley o en reglamento".
> "ART. 123. SERVIDORES PÚBLICOS. Son servidores públicos los miembros de las Corporaciones Públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
> 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.
> .....".

De esta manera, se tiene que para determinar cuándo un servidor público está desarrollando funciones públicas diversas de las que legalmente le corresponden, bastará con remitirse a la Constitución, a la ley o al respectivo reglamento, según sea del caso, para constatar allí cuáles son, en concreto y de manera específica, las funciones que a ese servidor le corresponden, al frente del cargo o empleo público que desempeña: Si el hecho o el acto por el realizado aparece dentro de ese listado de funciones adscritas a ese cargo, aparece la por él realizada, habrá de decirse que la función cumplida fue o era la debida; por el contrario, si tal hecho o acto no aparece dentro de los que funcionalmente se le adscriben a ese cargo, tendrá que concluirse que esa función era diversa a la que legalmente le correspondía desempeñar o desarrollar a ese funcionario.

En este orden de ideas, pues, se postula que, en nuestro sentir, cuando el tipo penal en examen indica que las funciones cuya realización se reprime, son las diversas a las que a ese funcionario legalmente le corresponden, habrá de entenderse que se refiere no sólo a la ley en sentido formal (la expedida por el Congreso de la República siguiendo el trámite legislativo), sino que también alude a la ley en sentido material (de tal suerte que cabría englobar aquí un decreto, una resolución, una ordenanza, etc.).

1.3.3. *EL ELEMENTO DESCRIPTIVO DEL TIPO: ABUSANDO DE SU CARGO.*

Hemos repetido, hasta la saciedad, que lo que reprime la norma no es el hecho de que el funcionario abuse de su cargo, sino que, bajo la égida actuaria de tal circunstancia modal, realice funciones públicas: Ello no solamente nos ha permitido clarificar cuál es el verbo rector de esta figura, sino, también, predicar la posibilidad de tentativa (lo que no podríamos hacer si se considerara que el verbo rector es el de abusar), y, lo que es más, nos ha permitido proponer, como ahora se reitera, que ese elemento abusar del cargo ostenta, tan sólo, el carácter de elemento específico de carácter descriptivo modal del tipo.

Toda vez que el vocablo abusar fue por nosotros examinado en detalle al tratar la temática correspondiente al abuso de autoridad, nos limitaremos a recordar aquí, brevemente, dos cosas: La primera, que por abusar se entiende "usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien"[785]. Y la segunda, que cuando de sancionar el abuso en relación con la función pública se trata, el legislador opta por la acriminación del abuso de una de dos cosas: o del cargo, en cuanto tal; o de las funciones inherentes a tal cargo. A veces acrimina lo uno, a veces lo otro, y en otras oportunidades, como en el artículo 140 (relativo a la concusión), las dos: Aquí, en sede de este artículo 162, se ha censurado el abuso del cargo.

Por ello, no estamos totalmente de acuerdo con la posición asumida por GÓMEZ MÉNDEZ[786], para quien esta circunstancia modal del tipo aparece como innecesaria, atendiendo al hecho de que "desde un plano objetivo por lo menos, todo ejercicio ilegal de funciones públicas por parte del empleado oficial, supone un abuso del cargo". Más estaríamos de acuerdo con PÉREZ[787], para quien "el título del art. 162 no está ajustado a su realidad descriptiva"; ya que, en opinión de este autor, "para abusar de algo es preciso ser depositario de ese algo", y agrega: "Abusa del cargo y usurpa la función el empleado que tiene la investidura o el título, pero rebasa o excede sus facultades quitándolas a quien las ejerce legítimamente". De allí que hayamos dicho nosotros que, finalmente, era esta una con-

---

[785] Ibídem. Tomo I. Pág. 10.

[786] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 146.

[787] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 324.

ducta que mejor y más técnicamente hubiera quedado regulada en el capítulo atinente a los abusos de autoridad que en el presente.

2. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

2.1. TENTATIVA.

Ya vimos que, desde nuestro punto de vista, perfectamente viable resulta la posibilidad de que este tipo penal conjugue la forma imperfecta de la tentativa, al tratarse aquí de un tipo penal de resultado[788].

2.2. CONCURSO DE TIPOS PENALES.

Puede presentarse, como de hecho acontece, que se plantee un concurso aparente de tipos, entre el abuso de función pública del cual venimos tratando, y otras figuras delictuales, así:

2.2.1. *CON EL ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO O INJUSTO.*

Puede suceder que, en un primer momento, una misma conducta parezca adecuarse, al unísono, tanto en el tipo penal previsto en el artículo 152 (abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto), como en el artículo 162 (abuso de función pública): En tales eventos, tal conflicto debe resolverse a favor del tipo penal contenido en el artículo 162 del Código, por la sencilla razón de que el plasmado en el artículo 152, como se vio en su oportunidad, es un tipo penal de aplicación subsidiaria, esto es, que resulta pertinente darle aplicación, en tanto la conducta no configure otro delito[789].

2.2.2. *CON EL PREVARICATO.*

Qué sucederá cuando un servidor público profiere un acto manifiestamente contrario a la ley, sobre la base de que, funcionalmente, la realización del mismo no entra en su esfera de atribuciones? Cuál sería, por ejemplo, la solución al caso que se plantearía cuando el alcalde, haciendo las veces de juez, profiere una sentencia condenatoria en la cual impone la pena capital a un reo?

En una hipótesis como esa, tendríamos que, en principio, la conducta parecería adecuarse tanto al tipo penal del prevaricato por acción (art. 149, C.P.), como al abuso de función pública (art. 162, ejusdem). Empero, ese no pasaría de ser un concurso aparente que habría de resolverse en el plano mismo de la tipicidad, como que el prevaricato, en cuanto figura delictual, exige para su realización, de un supuesto fundamental: Que el funcionario que tal acto (resolución o dictamen) manifiestamente contrario a la ley expide, lo haga dentro de su marco funcional,

---

[788] Posición esta última, esto es, que se trata de un tipo penal "de resultado", con la que está de acuerdo Pérez. *Op. Cit.* Pág. 324.

[789] En el mismo sentido: Gómez Méndez. *Op. Cit.* Pág 146.

pues que, de lo contrario, lo que se tendrá, según sea el caso, será una usurpación de funciones o un abuso de la función pública (en el caso de la hipótesis por nosotros planteada, un abuso de función pública).

En ese sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, mediante auto de Abril 22 de 1982, comentando la situación que se planteaba en relación con el Código Penal de 1936, expresó idéntico parecer al por nosotros ahora expuesto, cuando diferenciando entre el prevaricato, el abuso de autoridad y la usurpación de funciones (por parte de empleado oficial, según la terminología propia de la época), consignó:

> "En los tres delitos el sujeto activo es un funcionario público aunque de la usurpación puede serlo también un particular.
> En los tres el agente obra en forma funcional, vale decir, por medio de actos relacionados con una función pública, o sea que en todos ellos el agente actúa en desempeño real o fingido de una atribución funcional y no como un simple particular.
> En ninguno de los tres, por supuesto, el agente está autorizado para hacer u omitir, lo que significa que su conducta es indebida por carencia de atribuciones.
> La diferencia fundamental entre los tres delitos puede señalarse diciendo que mientras en la usurpación el agente ejecuta un acto que está atribuido por la ley a otro funcionario y que este pudiera llevar a cabo lícitamente, en el Abuso de Autoridad y en el Prevaricato ese acto es ilegal, no importa quién lo ejecute.
> La que existe entre estos dos últimos ilícitos y la usurpación estriba en que mientras en esta, como queda dicho, se está ejerciendo una función que no compete al agente, en aquellos este obra dentro de su función pero abusando de ella.
> Porque tanto el Abuso de Autoridad como el Prevaricato presuponen la existencia del poder de que se abusa, pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que esta señala o apartándose de los procedimientos que ella ha establecido.
> De otro lado, la diferencia entre el Abuso de Autoridad y el Prevaricato, fuera de ser el primero el género y el segundo la especie, o dicho de otro modo, existir el primero cuando no puede decirse existente el segundo, es más cuantitativa que cualitativa.
> Vale decir, en sustancia ambos ilícitos vienen a ser abusos de poder, pero mientras en el Prevaricato se exige, sobre todo en el Nuevo Código Penal (art. 149) que el acto se aparte ostensiblemente de la ley, tal cosa no es necesaria en el abuso de autoridad".

3. PUNIBILIDAD.

Recordando que, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal, es este un tipo penal de naturaleza dolosa, se necesita que el sujeto activo se de cuenta de que está usurpando jurisdicción que no le corresponde, o sea, en otras

palabras, que esté ejecutando un acto funcional sin hallarse autorizado para ello, de tal manera que para su estructuración se necesita el conocimiento y la voluntad de la usurpación, pueden proponerse dos consideraciones finales:

- La una, que ampliamente aplicable a este tipo penal, resulta ser la teoría del error, tanto de tipo como de prohibición, con todas las consecuencias jurídicas que ello reporta: De esta guisa, si el agente no tiene clara conciencia de que el acto que está ejecutando no es propio de su esfera funcional, habrá de colegirse que la conducta no es punible ante la mediación de una tal causal de inculpabilidad (especialmente teniendo en cuenta que no existe la forma culposa del abuso de función pública).

- Y la otra, que pese a la trascendencia y magnitud de la conducta punible en comento, no deja de aparecer como relativamente benigna la pena imponible: Y, aún, sin proponer el elevamiento punitivo, somos de la opinión, como en muchas otras oportunidades, que perfectamente pertinente resultaría acceder a la despenalización por cambio de ordenamiento jurídico de esta conducta, de tal manera que conservando su carácter de ilícita, pasare a regularse en ordenamiento jurídico diverso, cual sería el administrativo.

CAPÍTULO CUARTO

SIMULACIÓN DE INVESTIDURA O CARGO

0. GENERALIDADES.

La disposición contenida en el artículo 163 del Código Penal actualmente vigente no encuentra antecedente de ninguna índole en el Código Penal de 1936, motivo por el cual puede predicarse que estamos aquí en presencia de una figura novedosa dentro de nuestra legislación penal.

Ese artículo 163 del Código Penal actual, dispone:

> "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".

Se trata, pues, de un tipo penal de aparente aplicación subsidiaria, operante cuando la conducta del usurpador no encaje ni dentro de la usurpación de funciones públicas (art. 161) ni dentro del abuso de la función pública (art. 162), siendo ese el sentido en el cual debe ser interpretada la expresión únicamente que encabeza la norma (que no traduce, como más adelante se verá, exclusión de ninguna índole frente a la posibilidad de un concurso efectivo de tipos penales).

El hecho de que esta disposición aparezca consignada a continuación de las relativas a la usurpación de funciones públicas y al abuso de función pública, y con la expresión únicamente, indica que la conducta aquí descrita no tiene que referirse al ejercicio ilegal de funciones públicas, ni por parte del particular, ni por parte del servidor público: Se pretende sancionar, precisamente, el hecho de quien únicamente, ha simulado investidura o autoridad (en términos generales, incluyendo allí el fingimiento de pertenecer a la Fuerza Pública), sin que se haya realizado ningún otro acto, y sin que se haya producido ningún otro resultado en el mundo fenoménico (pues que de lo contrario se abriría la posibilidad de deducir un concurso efectivo de tipos penales, tal como será ello explicado posteriormente).

1. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

1.1. LOS SUJETOS.

1.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Sujeto activo de esta infracción a la ley penal, puede serlo cualquier persona, tanto si ostenta la calidad de simple particular, como si detenta la de servidor pú-

blico, desde el momento mismo en que la norma no exige ni requiere de especiales cualificaciones para este agente delictual. Evidentemente, en el caso de que un servidor público aparezca como sujeto activo de este delito, habrán de cumplirse dos condiciones, a saber: De una parte, que se trate de la simulación de una investidura o cargo público diferente al que real y efectivamente se posee, en primer término; y en segunda instancia, debe limitarse a simular tal investidura o cargo (o, en su caso, a fingir que pertenece a la Fuerza Pública, sin que eso sea cierto), sin entrar a ejercer funciones públicas de ninguna clase, pues que en ese evento podríamos desviarnos, en cuanto hace referencia al encuadramiento típico de la conducta, hacia el contenido normativo del artículo 162.

1.1.2. *SUJETO PASIVO.*

Sujeto pasivo de esta figura delictual, es el Estado, en tanto titular del bien jurídico protegido que, como se sabe, no es otro que la administración pública. Evidentemente, de manera potencial podría un particular, llegar a aparecer como perjudicado con la comisión de una de estas infracciones, al lado de la administración pública en sí misma considerada, cuando con la materialización de las mismas se le irrogase alguna afectación de índole patrimonial (si bien debe subrayarse que la norma no exige de la producción de resultado o perjuicio alguno, en orden a su estructuración como típica).

1.2. LOS OBJETOS.

1.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

El objeto jurídico genérico, en este caso, está representado no sólo por el buen nombre, si no, también, por la buena imagen de la administración, las mismas que se verían afectadas si ella (la administración), no se ocupase ni preocupase por defender y proteger la exclusividad que en la utilización de ciertas prendas y distintivos propios de las autoridades, debe guardarse. Por ello, ya de manera específica, podríamos decir que el objeto jurídico propio de este tipo penal, no es otro que el de preservar la legalidad y legitimidad de las investiduras, cargos y uniformes o distintivos.

1.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

El objeto material, en relación con este tipo penal, se encuentra representado por la investidura o el cargo público que simula poseer el agente delictual, o, de otro lado, la Fuerza Pública a la que finge pertenecer el mismo.

Investidura, dice el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA[790], es el "carácter que se adquiere con la toma de posesión de ciertos cargos o dignidades". Cargo, por su parte, y como ya se había dicho, es dignidad, empleo, oficio. Debe

---

[790] Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Lengua Española* ... Tomo II, Pág. 785.

subrayarse, eso sí, que lo que el agente debe hacer, dentro de la primera hipótesis comportamental que admite la figura, es simular investidura o cargos públicos, de tal suerte que no se trata de acriminar, bajo esta regulación, toda suerte de simulaciones de posiciones laborales o dignidades particulares que realice una persona: por ejemplo, no se sancionaría dentro de los marcos de esta disposición, el hecho de que una persona se hiciere pasar como profesor de una universidad privada, sin serlo efectivamente; como tampoco lo sería el caso de que alguien se hiciere pasar como gerente, directivo o representante de una determinada empresa privada, sin serlo. No. Si lo que se protege dentro del título en general, es la administración pública; y si lo que se sanciona, dentro de este capítulo en particular, es la usurpación que de los cargos o de las funciones públicas se haga, bien sea por parte de particulares, bien sea, aún, por parte de servidores públicos, síguese de lo anterior que el cargo o la investidura que se está simulando poseer (y que, por ello, realmente no se detenta ni conjuga), ha de ser de naturaleza pública, esto es, vinculado, conectado, relacionado o perteneciente a la administración pública, entendido tal concepto de manera general.

Por tal motivo, no encajaría dentro de esta disposición, al menos en un principio, la conducta de quien se hiciere pasar por sacerdote, sin serlo, habida cuenta que, en cuanto tal, el de sacerdote no es un cargo oficial, como que no es, no forma parte de la administración pública. Con todo, según hemos de reconocerlo con base en ARENAS[791], finalmente puede ser esa una conducta que se adecúe, no tanto a este tipo penal, sino al contenido en el artículo 161 del Código Penal (usurpación de funciones públicas), en razón del paratipo penal contenido en el artículo 22 de la ley 20 de 1974 (aprobatoria del Concordato entre Colombia y la Santa Sede), según el cual:

> "El ejercicio ilegítimo de jurisdicción o funciones eclesiásticas por quienes carecen de misión canónica para desempeñarlas, oficialmente comunicado por la autoridad eclesiástica al competente funcionario del Estado, será considerado como usurpación de funciones públicas". (Subrayas fuera del texto).

Fuerza Pública, por su parte, como ya se vio con fundamento en la Constitución Nacional, es un concepto que alude tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional, según lo expresamente dispuesto en el artículo 216 de la Carta Fundamental, entendiendo que las primeras se conforman por el Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada.

Se observa, entonces, que en una innecesaria repetición incurrió el legislador, si se tiene en cuenta, como debe ser ya fácilmente comprendido para esta altura de la exposición, que el de miembro de la Fuerza Pública, no es más que un cargo público: si no iban a desprenderse (como de hecho no se establecieron), diferentes consecuencias para el hecho de que una persona simule un cargo público (que no

[791] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 88.

tiene) o finja pertenecer a la Fuerza Pública (sin serlo), no vemos para qué el legislador nacional distingue esas dos posibilidades, entendiendo que, al fin de cuentas, la de la Fuerza Pública, es un cargo público.

Claro está que, dadas las actuales circunstancias de violencia que vive el país, no es ontológicamente lo mismo simular un cargo público que no se tiene, que fingir pertenecer a la Fuerza Pública, esto es, a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional (sin que ello sea cierto): No es lo mismo, por ejemplo, hacerse pasar por tesorero o médico oficial, que por comandante de un batallón o agente de la Policía, toda vez que nuestra dura realidad social nos ha mostrado que, por esta última vía, los grupos guerrilleros en nuestro país, han ocasionado graves, grandes e injustificados ataques y daños a la comunidad. Pero si bien ontológica y fácticamente no son esas conductas idénticas ni equivalentes, como que la segunda resulta ser mucho más grave que la primera, es lo cierto que el legislador nacional no contempló una especial consecuencia punitiva, a nivel del artículo 163 del Código Penal que se examina, para este segundo evento.

Dicho de otra manera: Si lo que pretendía el legislador nacional de 1980, era establecer alguna diferencia ontológica y/o axiológica entre el simular un cargo y el fingir pertenecer a la Fuerza Pública, entendiendo que lo segundo no es más que una modalidad de lo primero, lo que debió hacer fue haber situado unas especiales y (si se quiere) más gravosas consecuencias jurídicas para este segundo evento, que para el primero. A pesar de ello, en la medida en que partiendo de tal distinción, se llegó a la misma consecuencia jurídica, se colige que la redacción de este tipo penal, en cuanto hace referencia a este apartado, no solamente resulta repetitiva (fingir pertenecer a la Fuerza Pública, finalmente, resulta siendo lo mismo que simular un cargo público), sino inoficiosa.

1.3. LA CONDUCTA.

Trátase aquí de un tipo compuesto alternativo, como que el mismo puede ser realizado, materializado, bajo una cualquiera de dos hipótesis comportamentales, a saber: De una parte, que el agente delictual simule investidura o cargo público; y de la otra, que finja pertenecer a la Fuerza Pública.

1.3.1. *ANÁLISIS DE LOS VERBOS RECTORES.*

Simular es representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es[792]. Fingir, por su parte, es dar a entender lo que no es cierto; es simular, aparentar[793]. De allí que se diga que los vocablos simular y fingir aparezcan casi que como sinónimos, pues que en ambos se parte de una premisa (de la no existencia de algo), y se llega a una misma acción o se tiene la misma intención (hacer aparecer esa cosa que no existe o que no es cierta, como existente o como cierta). Y esta, entonces, sería

[792] Real Academia Española Tomo II. Pág. 1247.

[793] Real Academia Española Tomo I. Pág. 644.

otra crítica al legislador penal de 1980, que buscando diferenciar entre dos conductas (simular cargo público y fingir pertenecer a la autoridad), terminó siendo no sólo repetitivo, sino redundante: Redundante, porque cuando se finge pertenecer a la Fuerza Pública, finalmente se está simulando investidura o cargo; y repetitivo, porque, como se ha visto, simular es lo mismo que fingir[794].

Quizá, y ello propuesto en beneficio de la muy maltrecha suerte de nuestro legislador penal de 1980, en orden a la deducción de algún sentido práctico a esta distinción, en cuanto hace referencia a los verbos rectores (simular y fingir), la única diferencia entre estos dos vocablos estaría referida al hecho, plasmado en la norma, de que mientras se simulan cuestiones objetivas (externas, extrínsecas al agente), se fingen aspectos subjetivos (internos, intrínsecos, cualificativos del agente).

En todo caso, debe sí quedar suficientemente establecido, que para el acto de fingir pertenecer a la Fuerza Pública, no es necesario que el agente utilice o emplee prendas, insignias o distintivos propios de las aludidas Fuerzas Armadas, en la medida en que, como lo reconoce el inciso segundo de la disposición que se analiza, tal circunstancia habrá de tenerse en cuenta para agravar, de manera específica, la punibilidad de la primera conducta:

> "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".

Quiere decir lo anterior, entonces, que perfectamente podría una persona fingir pertenecer a la Fuerza Pública, sin utilizar para ello prendas, uniformes o insignias privativas de la aludida Fuerza Pública, como que, por ejemplo, siendo bien sabido que en nuestro medio algunos cuerpos de seguridad y de inteligencia, adscritos tanto a la Policía como al Ejército Nacional, no emplean vestimenta, indumentaria o distintivo especial alguno, como que su propósito, precisamente, es el de pasar desapercibidos entre el público, con miras a adelantar sus trabajos de seguridad o de inteligencia, bien podría una persona anunciarse como perteneciente a uno de tales grupos, fingiendo pertenecer a los mismos, sin necesidad de utilizar los referidos uniformes, prendas o distintivos.

De cualquier suerte ha de ser claro que "el hecho" a que se refiere este inciso segundo de la disposición que se examina, no puede ser otro más que el de la mera y simple simulación, no pudiendo tratarse de ningún otro hecho punible, desde el momento mismo en que el tipo penal comienza diciendo "el que únicamente...". A nuestro modo de ver, esta consideración desdice todavía más de esta figura delictual, pues que prácticamente deja circunscrita la simulación de la investidura a un "animus jocandi" que difícilmente afectaría el bien jurídico tutelado.

---

[794] En el mismo sentido se pronuncian Gómez Méndez, *Op. Cit.* Pág. 148; y Luis Carlos Pérez, *Op. Cit.* Pág. 326.

1.3.2. *EL CONTENIDO DIRECCIONAL DE LA CONDUCTA.*

No basta, conforme a la redacción de la norma, que el agente delictual simule o finja algo, esto es, no se sanciona aquí el hecho de que una persona quiera darle apariencia de existencial y/o de verdadero, a lo que no existe o a lo que no es cierto. No. Lo que pretende sancionar la disposición en comento, es el hecho de que una persona se simule una investidura o cargo público, que en verdad no posee, no detenta, no ocupa; o que finja pertenecer a la Fuerza Pública, sin que ello sea cierto (teniendo en cuenta que, si para el reforzamiento de esta última situación, se emplean prendas, uniformes o distintivos de uso privativo de las Fuerza Pública, la pena habrá de incrementarse, sin que sea indispensable, por tanto, para la configuración como típica de esta hipótesis comportamental, el que se utilicen tales prendas).

Conforme lo propone la doctrina, no pareciera ser lo mismo simular una investidura que simular un cargo público: Según PÉREZ[795], ocurre la segunda, esto es, la simulación del cargo público, cuando el sujeto activo aparenta ser servidor con la sola noticia del nombramiento, o con el nombramiento mismo; al paso que hay simulación de la investidura, cuando el sujeto se presenta como titular, ya posesionado, sin haber cumplido esa exigencia.

Por otro lado, se puede incurrir en esta misma conducta delictual, cuando se finge pertenecer a la Fuerza Pública, sin que ello sea cierto, lo cual puede hacerse por una de dos vías: Utilizando o no, prendas, uniformes o distintivos de uso privativo de la Fuerza Pública. En el primer evento, es decir, en la hipótesis en que para fingir que se pertenece a la Fuerza Pública, no se hayan utilizado uniformes ni prendas ni distintivos propios y exclusivos de la misma, la conducta habrá de sancionarse conforme al inciso primero del artículo 163 del Código Penal; por el contrario, si para tal fingimiento se utilizaron tales prendas y/o uniformes, la conducta habrá de atenerse a los márgenes punitivos del inciso segundo de este mismo artículo.

En este último sentido, vale la pena recordar con PÉREZ[796], que el uniforme utilizado por el infractor es el vestido de las Fuerzas Armadas (Militares y/o de Policía), según sus diversas ramas y/o grados. La prenda, por su parte, en estricto sentido, es una parte del vestido, si bien resulta un tanto difícil diferenciar uno y otro concepto, si bien es cierto que existen ciertas prendas (como un "feet-jack" o peto), que sin constituir vestido, sí pueden identificar (o hacer parecer) a una persona, como perteneciente a la Fuerza Pública. Las insignias son distintivos de las clases a que pertenecen los miembros de la Fuerza Pública, y consisten en medallas, escudos, brazaletes, etc..

---

[795] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Págs. 325-326.

[796] Ibídem. pág. 327.

2. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

2.1. TENTATIVA.

Se discute la posibilidad de que este tipo penal admita la forma imperfecta de la tentativa: A nuestro modo de ver, debe distinguirse, para esos propósitos, entre la simulación y el fingimiento, puesto que teniendo en cuenta que la primera variante exigiría de varios actos que sirviesen de soporte a esa actuación, podría ser posible tal forma imperfecta; a tiempo que, en la medida en que el fingimiento puede darse con el simple anuncio de que se posee tal calidad, no admitiría la tentativa.

Evidentemente, sería una situación de caso, esto es, que siendo concebible la tentativa en el plano académico, en los términos en que ha sido ello planteado, habría de encontrarse plenamente probados y demostrados procesalmente sus componentes.

2.2. CONCURSO DE TIPOS PENALES.

2.2.1. *CON LA ESTAFA.*

A nuestro modo de ver, la simulación de investidura o cargo puede concurrir, efectivamente, con la estafa, en todos aquellos eventos en que la simulación de la investidura o del cargo haya sido precisamente la circunstancia de modo utilizada por el agente para inducir en error al sujeto pasivo y, por tal vía, obtener un provecho ilícito: Y es que, si bien la figura no exige de la producción de resultado o perjuicio alguno, en orden a su estructuración como típica, no es menos cierto que si la simulación de investidura o cargo se utiliza como artificio o engaño para crear error en la víctima, comportará un actuar ontológica y existencialmente diferente al de la estafa que, como tal, debe ser tratado, abriéndose entonces paso la posibilidad de un concurso efectivo de tipos penales entre los dos que se comenta.

Digámoslo de una vez, en la generalidad de los casos, la simulación de investidura o cargo es el ardid utilizado para la comisión de otros comportamientos delictuales, como la violación de domicilio, el secuestro, la extorsión, etc., con todos los cuales puede llegar a concurrir efectivamente[797].

2.2.2. *CON EL HURTO AGRAVADO.*

No parece ser viable, por el contrario, la posiblidad de que la simulación de investidura o cargo concurra efectivamente -en una sola conducta- con el hurto agravado de que trata el numeral 4o. del artículo 351 del Código Penal, que alude al hecho que el hurto se agrava cuando se comete "por persona disfrazada, o aduciendo calidad supuesta, o simulando autoridad o invocando falsa orden de la misma", pues que, de aplicarse al mismo tiempo ambas disposiciones (a saber, las del art. 163 y del 351.4), podría (como, de hecho, creemos que acontece), estarse infringiendo el principio del "non bis in idem", como que le estaría siendo sancio-

[797] En el mismo sentido, Arenas. *Op. Cit.* Pág. 87.

nado al agente delictual en dos oportunidades, la utilización de ese disfraz (prenda y/o uniforme militar), esa calidad supuesta o, en fin, esa simulación de autoridad: una, dentro del tipo penal que es materia del presente estudio; y la otra, como circunstancia específica de agravación punitiva del hurto.

A nuestro modo de entender, partiéndose allí del supuesto de que se trata, tan sólo, de un concurso aparente de tipos penales, el mismo debe ser resuelto en favor de la disposición últimamente citada, esto es, la del numeral 4o. del artículo 351 del Código Penal, relativa al hurto agravado, en aplicación del principio de la subsunción, como que, al tener una mayor riqueza descriptiva este segundo evento que el primero (es decir, al compendiar mayores y mejores elementos de descripción de la acción, la misma que se ve más clara y precisamente contenida en el numeral 4o. del artículo 351), es aquel el que debe aplicarse, y no este. En otras palabras, que en el evento en que una persona, disfrazada, simulando autoridad o invocando calidad supuesta (todo lo cual se compadece con el contenido normativo del artículo 164 del C.P.), cometa un hurto, lo que habrá de hacerse será aplicar la norma del numeral 4o. del artículo 351, y no la del 163 (ni siquiera -mucho menos- en concurso con el artículo 349 del propio Código Penal).

Naturalmente, nada obsta para que, con dos conductas, sí se produzca un concurso efectivo de tipos penales entre estas dos figuras, como cuando quien ha venido utilizando indebidamente ese uniforme durante varios días, decide valerse del mismo para la materialización de un hurto: Y tal concurso delictual podrá deducirse por la potísima razón de que siendo el hurto un delito instantáneo, la simulación de investidura o cargo puede asumir la forma de delito permanente, de tal manera que no se le estaría sancionando dos veces por el la simulación de la investidura, siempre que se estaría sancionando con base en el art. 163, por todo el tiempo en que ilícitamente observó tal comportamiento delictual; y con base en el art. 351.4, por el hecho de haber empleado tal investidura simulada para patentizar el hurto.

2.2.3. *CON EL DECRETO 180 DE 1988.*

Contempla ese especial estatuto punitivo (en su momento, acogido como legislación permanente, por el decreto 2266 de 1991), dos disposiciones con las cuales pareciera poder concurrir la que ahora se examina, a saber, de una parte, la del artículo 19 de dicho decreto; y de la otra, la del artículo 20 del mismo.

Dichos artículos, acogidos como legislación permanente por el artículo 4o. del precitado decreto 2266 de 1991, a la letra, disponen:

> "ART. 19. - UTILIZACIÓN ILEGAL DE UNIFORMES E INSIGNIAS. 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".

"ART. 20. - SUPLANTACIÓN DE AUTORIDAD. 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".

El primer artículo, en la medida en que no comporta ningún elemento específico del tipo (como sí lo hace el artículo 20), torna en prácticamente inaplicable gran parte del artículo 163 del Código Penal, como que aquella parte en que se finge pertenecer a la Fuerza Pública, utilizando para ello uniforme, prenda o distintivo de uso privativo de la Fuerza Pública, queda prácticamente desbordado por el artículo 19 del decreto 180 de 1988, que será la norma aplicable en todos aquellos eventos en que una persona realice una cualquiera de aquellas conductas alternativas propuestas en tal tipo penal.

Pero, como si lo anterior fuera poco, el artículo 20 del decreto 180 de 1988, viene a recortar aún más el ya, de por sí, estrecho campo de eventual aplicación de este artículo 163 del Código Penal, en la medida en que, cuando una persona suplanta a la autoridad, o simula ser autoridad, con fines terroristas, la norma aplicable será la del decreto 180 de 1988, y no la del artículo 163 del Código Penal que, por tal vía, resulta siendo casi que absolutamente inaplicable, en la medida en que, frente a un eventual concurso de tipos penales, habrá de decirse que el mismo no pasa de ser aparente, y que ese conflicto debe resolverse, en el primer caso por el principio de consunción, y en el segundo, por el de especialidad, en favor de las normas contenidas en el decreto 180 de 1988, en desmedro de las contenidas y reguladas en el Código Penal.

3. EVALUACIÓN GLOBAL DEL TIPO.

Aún con prescindencia de las consideraciones consignadas en el segmento inmediatamente precedente, ha coincidido la doctrina en señalar y poner de presente, la absoluta inocuidad del tipo penal que se examina:

En efecto, apuntando que esta conducta no es ni de usurpación ni de abuso de función pública, como reza el capítulo, ARENAS[798] expone que la simulación de investidura o cargo puede ser un hecho irrelevante o simplemente contravencional, como cuando se hace por vanidad o jactancia; a tiempo que, de otra parte, en la generalidad de los casos es un ardid para cometer delitos de violación de domicilio, estafa, extorsión, secuestro, etc.; y, finalmente, si el propósito disimulador fuere el de ejercer funciones públicas sin autorización legal, se le debiera sancionar por tentativa de usurpación, concluye que esta novedosa figura delictiva, sobra dentro del Código Penal.

[798] Arenas, Antonio Vicente. Op. Cit. Pág. 87.

A su turno, GÓMEZ MÉNDEZ[799] propone que esta figura resulta inútil: Si el agente no simula la investidura o cargo, para el ejercicio de la función, o para obtener un provecho indebido, bien podría decirse que se está en presencia de una causal de inimputabilidad. Puede ocurrir, por ejemplo, dice, que alguien con una frustrada vocación militar, utilice en su casa o aún en la calle, prendas o insignias de sargento o de coronel: En situaciones como esta, señala, no resulta afectado el bien jurídico de la administración pública, como que el autor de tales comportamientos debería ser sometido a un tratamiento siquiátrico y no penitenciario.

[799] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 149.

SUBSECCIÓN DÉCIMA
DELITOS CONTRA LOS SERVIDORES PÚBLICOS

CAPÍTULO PRIMERO
GENERALIDADES

1. CONTENIDO GENERAL DEL CAPÍTULO.

Ya hemos puesto de presente, desde el comienzo mismo de esta obra, que contra la administración pública, en tanto bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico penal, se puede atentar, fundamentalmente, por una de dos vías: La primera, aquella que se materializa por parte de un "intraneus", esto es, de un servidor público que, a través de un determinado comportamiento, lesiona o pone en peligro, de manera directa, tal bien jurídico tutelado (como acontece en el peculado, la concusión, el prevaricato, etc.); y la segunda, aquélla que se materializa por parte de un "extraneus", es decir, de un particular.

Concretamente en relación con esta segunda hipótesis, puede decirse que ella puede, a su vez, operar de una de dos maneras: Bien de manera directa, cuando a través de un determinado actuar, ese particular afecta directamente el bien jurídicamente tutelado (cual acontece, por ejemplo, en el tráfico de influencias, en la usurpación de funciones o en el cohecho por dar u ofrecer); bien de manera indirecta, cuando el ataque que al bien jurídico realiza ese particular, se realiza a través de la ofensa o lesionamiento a sus representantes (los servidores públicos, individual o colectivamente considerados).

Ese es, entonces, el sentido y propósito del capítulo X del Título III del Código Penal: Regular y sancionar los comportamientos que un particular (y, obviamente, un servidor público), puede llegar a observar en detrimento de la administración pública, cuando ello se hace a través de la violencia (real o ideal) ejercida contra los servidores públicos, considerados ellos tanto en su forma individual, como corporativa, pues que para cada caso existe un tipo especial.

En puridad, entonces, no se protege aquí ni la función ni el cargo, sino la persona del funcionario. Pero más que su integridad o su vida, lo que se protege es su capacidad y/o facultad de autodeterminación, que podría verse constreñida o limitada por el obrar (ilícito) del agente delictual.

2. ANTECEDENTES.

Contando con la precisión contenida en el segmento inmediatamente precedente, habremos nosotros de reconocer dos cuestiones fundamentales, en cuanto hace con los antecedentes que, en el plano legislativo, encuentra este capítulo de nuestro Código Penal:

2.1. EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO DE 1936.

La primera, que el antecedente inmediato que a nivel legislativo encuentra el mismo, no es otro que el contenido en el capítulo VIII del Título III del Código Penal de 1936, el mismo que en sus artículos 184 a 186 regulaba lo correspondiente a los delitos contra los funcionarios públicos, en los siguientes términos:

> "184. 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.
> 185. 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 corporaciones legislativas, judiciales o administrativas, o de cualquier otra autoridad pública, o pretende influir en sus deliberaciones.
> La pena será de prisión de uno a cinco años si el responsable es un funcionario o empleado público.
> 186. En todos los casos no previstos especialmente, al que cometa un delito contra un funcionario público, por razón o a causa del ejercicio de sus funciones, se le aumentará la pena que le corresponde por el delito cometido, de una sexta parte a la mitad".

Como se ve, si bien ello habrá de ser objeto de comentarios particulares en páginas posteriores, en los artículos 184 y 185, el Código Penal de 1936, regulaba similares materias a las contenidas en los artículos 164 y 165 del Código vigente; a tiempo que, de otra parte, el contenido normativo del artículo 186 del Código anterior, aparece recogido en el actual artículo 62 (obviamente con una consecuencia jurídica relativamente diferente).

2.2. LA LEGISLACIÓN PENAL ITALIANA.

Y la segunda, que grande influencia en la concepción y redacción de tales disposiciones, ha tenido la legislación penal italiana, como que, según lo pone de presente BERNAL PINZÓN[800], los artículos 184 y 185 del Código Penal de 1936, resultaban ser casi que copia textual de los artículos 187 y 188 del Código Penal italiano de ZANARDELLI, del año de 1889.

En este último sentido, cabría sí resaltar que el Código Penal italiano actualmente vigente (que fuese promulgado mediante RD de Octubre 19 de 1930), pre-

---

[800] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 249 y 262.

vé, en el Capítulo II del Título II (delitos de los particulares contra la administración pública), por lo menos veinte figuras delictivas (entre las cuales, por ejemplo, la violencia o amenaza contra empleado oficial, la resistencia a empleado oficial, la violencia o amenaza contra un cuerpo político, administrativo o judicial; llegando hasta la acriminación de la interrupción de un oficio o servicio público o de un servicio de necesidad pública, el ultraje de un empleado oficial, el ultraje a un cuerpo político, administrativo o judicial, el ultraje a un magistrado en audiencia; y, lo que es más, considerando dentro del mismo capítulo conductas tales como la usurpación de función pública, el ejercicio abusivo de una profesión, la violación de sigilo y la violación de la custodia pública de cosas), nuestro Código Penal de 1980 -con las modificaciones al mismo introducidas, básicamente, en el artículo 18 de la ley 190 de 1995- regula tan sólo dos, a saber, la violencia contra servidor público y la perturbación de actos oficiales.

Ciertamente, la técnica legislativa del Código Penal italiano, pareciendo más adecuada que la nuestra, al menos en un primer momento, al distinguir, dentro del Título II del Código Penal (delitos contra la administración pública), los delitos que contra la misma pueden cometer los empleados oficiales (capítulo primero), de los que pueden cometer los particulares (capítulo segundo), termina siendo, si se quiere, más imprecisa que la nuestra, en la medida en que no sólo aparece como casuística en demasía[801], sino que, de otra parte, llega a confundir, en nuestro sentir, conductas que, en puridad, no constituyen verdaderos o reales atentados contra la administración pública, con otros que sí lo constituyen, como es, por ejemplo, el caso que se plantea en relación con el ejercicio abusivo de una profesión que contempla el artículo 348.

De todo lo expuesto, lo que vale la pena resaltar, para lo que a nosotros interesa, es el hecho, puesto de presente por BERNAL PINZÓN, contempla una conducta que, al menos en principio, no pareciera estar contenida en nuestra actual codificación (como tampoco lo estaba en la de 1936), cual es la de la resistencia a un funcionario público, que allí se contempla dentro del artículo 337, y que se diferencia de la violencia o amenaza a un funcionario público en los siguientes términos, según SALTELLI y ROMANO DI FALCO[802]:

> "En la violencia pública el hecho está dirigido a determinar la voluntad de la autoridad según la voluntad del culpable; en la resistencia, el particular insurge contra la actuación de la voluntad de la Administración libremente formada".

3. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA.

La característica que subyace en los dos tipos penales contenidos, respectivamente, en los artículos 164 y 165 del Código Penal vigente, es la de la violencia,

---

[801] Según lo expone el mismo Bernal Pinzón, *Op. Cit.* Pág. 254.

[802] Citados por Bernal Pinzón, *Op. Cit.* Pág. 254.

en tanto ella traduce el elemento o forma comisiva de ambas variantes comportamentales.

Qué se entiende por violencia? Por violencia, dice BERNAL PINZÓN[803], debe entenderse toda conducta que con el empleo de medios físicos busca vencer un obstáculo de cualquier naturaleza.

Esa violencia, así entendida, en el campo del derecho penal, admite ser clasificada de la siguiente manera: Como violencia personal, cuando recae directamente sobre las personas; como violencia real, cuando se ejerce sobre las cosas; y como violencia impropia, en la cual no existe propiamente el ejercicio o aplicación de la fuerza física, sino la utilización de otros medios a través de los cuales, finalmente, se logra doblegar la voluntad de un individuo, como, por ejemplo, cuando se la administra algún narcótico, con lo cual se priva de sus sentidos a la víctima.

A su vez, esa violencia personal, entendiendo por tal la que de manera directa recae sobre las persona, en orden a la subyugación de la voluntad, admite ser subdividida en dos categorías: Física, cuando se hace recaer una fuerza material sobre la víctima, con el propósito ya indicado de doblegar su voluntad, llegándose al punto en que puede decirse que el acto no es propiamente suyo, sino de quien se sirve de él como instrumento ("non agit, sed agitur"). Y moral, cuando se produce un constreñimiento a nivel síquico en la víctima, por ejemplo a través de tormentos actuales (a nivel síquico, moral, claro está) o de amenazas, de tal manera que puede decirse que si bien es cierto que el sujeto pasivo de tal actuar ha tomado una determinación, la escogencia de tal elección ha obedecido a la presión moral sobre él ejercida por el agente.

En este último sentido, y a fin de diferenciar, como lo hemos hecho nosotros, entre el tormento moral actual, y las amenazas, cabría decir que por esta última se entiende, tal como lo hace MANZINI[804], "el anuncio de un mal injusto futuro, próximo o remoto, dirigido contra cualquier bien jurídico del sujeto pasivo o contra otra persona que le interesa, diversa del amenazante".

Contando, entonces, con esas precisiones, cabe preguntar: A cuál de esas formas de violencia se refiere el Capítulo X del Título III del Código Penal colombiano? A la personal, con sus variantes de física y de moral? A la real? A la impropia? A las tres?

En orden a la absolución de tal cuestionamiento, consideramos nosotros pertinente practicar el siguiente análisis:

3.1. En primer término, no parece quedar duda alguna en el sentido de que sí alude este capítulo a la violencia personal de carácter físico, como que por tal vía, indudablemente, no sólo se está afectando la integridad de los servidores públicos (individual o colectivamente considerados, según la regulación respectivamente

---

[803] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 251-253.

[804] Citado por Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 329.

contenida en los artículos 164 y 165), sino que, finalmente, se está poniendo en entredicho la posibilidad de que la administración pública, de manera libre y corriente, pueda cumplir con sus funciones ordinarias y habituales, relacionadas con la adopción de decisiones y/o materialización de las mismas, así como con la ejecución de determinadas obras o trabajos.

3.2. En segundo lugar, cuando se trata de revisar lo correspondiente a la viabilidad existente para que la violencia personal en su variante síquica pueda constituir o representar la hipótesis comportamental que exigen las normas contenidas en este capítulo, habrá de decirse que ello también aparece como factible, a nuestro modo de ver, en una de dos modalidades: o como tormento moral actual (maltratos morales y/o de palabra), pudiendo aquí contemplarse, entonces, la denominada violencia impropia (en tanto, a través del suministro de un narcótico, se puede estar doblegando la voluntad del sujeto pasivo); o en anuncios de males futuros (que es lo que, en puridad, constituye una amenaza).

Particularmente, en este último sentido, debe decirse que la amenaza puede comportar una forma de violencia síquica, en tanto se reúnan algunos requisitos, como los siguientes:

3.2.1. La amenaza debe tener alguna entidad intimidativa para el funcionario, esto es, no sólo debe pretender coartar la voluntad del funcionario, haciéndole temer por algún mal (consideración objetiva), sino que, para ese funcionario, debe ser realmente mortificante, intimidadora (consideración subjetiva), con todo lo cual se postula, en una sola palabra, que las aludidas amenazas deben ser idóneas: no solamente habrá de tenerse en cuenta, de cara a la deducción de la naturaleza idónea de la amenaza, en tanto configurante de violencia síquica, quién, dónde, en qué circunstancias y mediante qué medios (de comunicación de las ideas y el pensamiento), sino también, y de manera especial, quién fue el destinatario de la misma (esto es, a quién fueron hechas o formuladas tales amenazas, pues que lo que es intimidante para una persona, puede no serlo para otra).

3.2.2. La amenaza puede tener como destinatario final del mal anunciado, no sólo al mismo funcionario, sino también a sus parientes y/o allegados: Mientras más estrechas sean las relaciones del servidor público, con las personas señaladas como presuntas víctimas, con mayor intensidad sentirá aquel, dice PÉREZ[805], la violencia moral que le induce a satisfacer las exigencias pretendidas.

3.2.3. La amenaza de un mal futuro (que es algo diferente, como ya se dijo, del tormento moral actual), puede recaer no sólo sobre personas, sino, también, sobre objetos: Por esta vía, en consecuencia, concluimos que la violencia real, de la cual hablábamos en un principio, puede ser representativa, igualmente, de la violencia a la cual alude este capítulo, en tanto se presente como una amenaza[806].

---

[805] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 329.

[806] En el mismo sentido: Bernal Pinzón. *Op. Cit.* Pág. 253.

3.2.4. Finalmente, en posición que no es unánimemente acogida por la doctrina, ARENAS[807] predica que esa amenaza, en cuanto configurante de la violencia a la que alude este capítulo, debe ser injusta: Si consiste, dice el citado autor, en el anuncio de acusar al servidor ante sus superiores por su comportamiento moroso o arbitrario, no se comete delito, porque esta amenaza no entraña injusticia. Y tampoco, agrega, cuando consiste en dar cuenta de ese comportamiento a los periódicos, porque también es este un medio legítimo que pueden usar los particulares para que los servidores públicos para que cumplan sus deberes, siendo evidente que "la injusticia y la seriedad de la amenaza debe apreciarlas el juez a su prudente arbitrio, en cada caso".

Ese parecer, al cual nosotros adherimos, como decíamos, no es unánimamente acogido por la doctrina, como que, por ejemplo, PÉREZ[808] se muestra contrario al mismo, al postular que este factor valorativo no pertenece al tipo, toda vez que -en su sentir- cuando se requiere su concurrencia, la ley lo menciona expresamente, como sucede en los abusos de autoridad descritos en el artículo 152; y si cuando esta exigencia -agrega- está expresamente planteada, es difícil encontrarle contenido real y uniforme, según lo expuesto a propósito de la norma citada, tratándose de un aporte del intérprete, el problema es casi insoluble -concluye-. A su turno, y en este mismo sentido, BERNAL PINZÓN[809], siguiendo en ello a GRISPIGNI, plantea que, para tal cometido (esto es, el de delimitar o no la necesidad de la mediación del elemento injusticia de la amenaza), es necesario distinguir en el sentido de que no es necesario que el mal amenazado sea injusto en sí mismo, sino respecto al acto con el cual se quiere constreñir al funcionario público: Si se amenaza con un daño que es justo que el funcionario público sufra, pero por un hecho completamente independiente del acto con el cual se quiere constreñir (o que se quiere sea omitido), entonces el daño no injusto puede constituir amenaza injusta. Y termina diciendo: "En el ejemplo propuesto por el autor -se refiere a ARENAS- de que el funcionario público haya cometido un delito o una acción moralmente reprochable y se le amenace con denunciarlo a efecto de constreñirlo a realizar un acto contrario a sus propios deberes o a omitir un acto de sus funciones, no hay duda de que se estructura el delito en examen. Dicho delito no existirá en la hipótesis de que se advierta al funcionario público de la posibilidad de denunciarlo ante la autoridad judicial, por un hecho que el agente considere lesivo de un derecho propio".

No empece que el anterior criterio nos parece acertado, en esencia, se nos hace que el mismo confunde dos cosas: La una, el contenido de la amenaza; y la otra, el contenido direccional de la amenaza. A lo que se refiere ARENAS, en posición que, como se ha dicho, compartimos, es a lo primero (que el contenido mismo de

---

[807] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 91.

[808] Pérez, Luis Carlos. *Op. Cit.* Pág. 330.

[809] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 257-258.

la amenaza debe ser injusto), y no a lo que se pretenda, busque o persiga con tal amenaza (que es a lo que parece referirse BERNAL PINZÓN siguiendo, como se ha visto, a FILIPPO GRISPIGNI). Por ello, pues, estimamos que el contenido de la amenaza, para que sea estructurante de la violencia a la que alude este capítulo, debe ser injusto.

Prueba de lo acertado de la interpretación que de la posición de ARENAS[810] aquí practicamos nosotros, es que, líneas más adelante, él mismo apunta:

> "Tampoco se requiere que el acto cuya ejecución se exige coercitivamente sea injusto, arbitrario o ilegal. Puede ser legal, y estar en perfecto acuerdo con los deberes del empleado, porque lo que se protege penalmente es la libre determinación de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones. Y esa libre determinación se coarta lo mismo con la exigencia violenta de un acto injusto, que de un acto justo".

[810] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 91.

CAPÍTULO SEGUNDO

VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO

1. CONSAGRACIÓN NORMATIVA.

> "ART. 164.- VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO (Modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995). El que ejerza violencia contra [servidor público], para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo, o a realizar un contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años".

Como se recuerda, este artículo encuentra su antecedente legislativo inmediato en el artículo 184 del Código Penal de 1936 que observaba el siguiente contenido normativo:

> "ART. 184.- 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".

Como fácilmente puede apreciarse, varias son las diferencias deducibles entre una y otra disposición, las mismas que pueden presentarse de la siguiente manera:

1.1. En cuanto al sujeto pasivo, como que mientras el Código Penal de 1936 tenía por tal a "un empleado, funcionario público o encargado de un servicio público" (siguiendo en ello la tradición del Código Penal italiano de 1930), el Código Penal colombiano actualmente vigente, de una manera más técnica, y a la vista de la reglamentación contenida en el artículo 63 (que fuese analizada a espacio al comienzo de esta obra), se limita a señalar que sujeto pasivo de esta infracción a la ley penal, puede serlo un servidor público (concepto este con el cual se engloban los casuísticamente enumerados en la codificación anterior);

1.2. Respecto a las variantes comportamentales, tiénese que mientras el Código Penal de 1936, siguiendo en ello el contenido del artículo 336 del Código Penal italiano de 1930 (actualmente vigente), establece que la conducta ejecutiva se realiza mediante violencia o amenazas; el Código Penal de 1980, igualmente de una manera mucho más técnica, a nuestro modo de ver, se limita a señalar que la conducta que ha de observar el agente de la infracción, de cara a la materialización de la misma, debe comportar una violencia (toda vez que, dentro de tal concepto, como ya se vio, se entienden comprendidas las amenazas).

1.3. Finalmente, en cuanto toca con el contenido direccional de la conducta ejecutiva, tiénese que mientras en el Código Penal de 1936 ella debía estar orientada a que el sujeto pasivo "ejecutara o omitiese algún acto de sus funciones"; el

Código Penal de 1980 no sólo comprende tal hipótesis, sino que la extiende hacia otros terrenos, cuando señala que la conducta externa debe ir orientada a que el sujeto pasivo ejecute u omita algún acto propio de su cargo o realice uno contrario a sus deberes oficiales (con lo cual, por cierto, se sigue utilizando el mecanismo de la norma penal en blanco, pues que habrá de determinarse cuáles son los actos propios del cargo o sus deberes oficiales específicos).

2. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO.

2.1. LOS SUJETOS.

2.1.1. *SUJETO ACTIVO.*

Desde el momento mismo en que la norma autoriza la realización de este comportamiento delictual por cualquier persona, sin exigirle determinadas calidades, se tiene que es este un tipo penal de sujeto activo indeterminado. Con todo, es esa, precisamente, una consideración que no deja de aparecer como polémica, pues que no descartándose la posibilidad que ella (la conducta punible que se examina), pueda ser materializada por un servidor público (como que nada se opone a que un servidor público ejerza violencia contra otro servidor público con la finalidad propuesta en la norma), aparecería que es ese un hecho ontológico y, obviamente, axiológicamente más grave, que si lo ejecutara un simple particular: Por ello, consideramos que es esa una omisión lamentable, conjugada por el legislador, como que tal circunstancia habría de tenerse en cuenta como un hecho agravante de la punibilidad de la conducta, como que, por tal vía, el agente delictual lesiona, además, el deber de fidelidad y de lealtad que lo ata a la administración pública, a través del cargo que es por él desempeñado u ocupado[811].

2.1.2. *SUJETO PASIVO.*

Creemos que en relación con este tipo penal, deben distinguirse dos cosas, en desarrollo de este punto específico:

- Lo primero, que dentro de la categoría de sujeto pasivo de la infracción, debe distinguirse un sujeto pasivo inmediato, que en este caso estaría representado por la persona del servidor público que de manera directa sufre el agravio; de un sujeto pasivo mediato, representado por el Estado, en tanto titular de la administración pública que es, finalmente la agraviada con la ofensa material o moral inflingida a su representante.

Vale la pena anotar aquí que, compartiéndose por parte de BERNAL PINZÓN[812] la distinción por nosotros practicada, es lo cierto que el insigne autor la concibe al contrario, como que identificando a la administración pública como el sujeto pasivo inmediato, primario; entiende al servidor que recibe el agravio, como un sujeto pasivo mediato o secundario.

---

[811] En el mismo sentido, Bernal Pinzón. *Op. Cit.* Pág. 250.

[812] Ibídem, pág. 250.

- Y lo segundo, que pudiendo aparecer como perjudicados directos con la comisión de uno de estos hechos, tanto la administración pública como el respectivo servidor público que recibió la ofensa o agravio, no es menos cierto que puede tenerse a un particular como perjudicado indirecto, cuando de la patentización de uno de tales comportamientos se siga un menoscabo para sus intereses patrimoniales.

Qué sucederá, se pregunta ARENAS[813], si el sujeto pasivo de esta forma comportamental no observa el carácter de servidor público? Evidentemente, habrá que responder que no siendo típica la conducta, dentro de los marcos del artículo 164 que nos ocupa, sí puede serlo en relación con otras disposiciones, como serían, en un primer momento, el constreñimiento ilegal de que trata el artículo 276 del Código Penal.

2.2. LOS OBJETOS.

2.2.1. *OBJETO JURÍDICO.*

Ya se ha dicho dentro de esta obra, que contra la administración pública se puede atentar de diversas formas: una, sería aquella que se produciría desde adentro, cuando los mismos servidores públicos atentasen contra la propia administración; y la otra, sería aquella que se evidenciaría desde afuera, cuando tales actuaciones fuesen cumplidas por parte de personas ajenas, extrañas, a la administración. Y cuando del proceder de estos últimos, en contra de la administración se trata, cabe distinguir, a su vez, dos modalidades: La primera, cuando de manera directa, inmediata, ellos ofenden o lesionan con su actuar a la precitada administración (como en el tráfico de influencias, el cohecho por dar u ofrecer o la usurpación de funciones, según se dijo anteriormente); y la segunda, cuando atentando, agrediendo, ofendiendo a sus agentes (esto es, a los servidores públicos), tácita, mediata e indirectamente se está agraviando a la administración. Por ello, como dice GÓMEZ MÉNDEZ[814], la protección al bien jurídico de la administración pública no sería completa, si no comprendiera también a sus agentes, de tal guisa que el objetivo de esta protección, no es otro que el de que la función pública pueda cumplirse libre de toda presión e injerencia externa; o, como dice MAGGIORE[815], objeto de esta incriminación es la necesidad de proteger contra la agresión de los particulares, de un modo inmediato, la libertad del funcionario, y de modo mediato, la libertad del Estado que se sirve del funcionario para alcanzar sus fines.

En síntesis, contemplando un objeto jurídico genérico, referido a la administración pública, el mismo que en este caso estaría representado en la preservación de la autonomía, la libertad de acción y la independencia de la administración (en cuanto hace con la adopción de decisiones e implementación y materialización de

---

[813] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 90.

[814] Gómez Méndez, Alfonso. *Op. Cit.* Pág. 149.

[815] Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal.* Tomo III. Editorial Temis, Bogotá, 1972. Pág. 244.

las mismas, exentas de injerencias y/o presiones externas); concebimos nosotros un objeto jurídico específico, referido al servidor público sobre el cual recae la conducta, según el cual lo que se protegería aquí, sería la autonomía personal y funcional del servidor, a más de su integridad y libertad.

2.2.2. *OBJETO MATERIAL.*

Contrario a lo que piensa BERNAL PINZÓN[816], para quien "el elemento material del delito está integrado ante todo por la conducta ejecutiva", pues que se confunde allí dos conceptos diferentes (objeto material del tipo y conducta ejecutiva del mismo), nosotros pensamos que el objeto material, en este tipo penal, está representado por el funcionario sobre el cual recae, de manera directa, la conducta ejecutiva: En la medida en que ese concepto de servidor público fue amplia y exhaustivamente examinado y analizado en los primeros apartes de esta obra, a los mismos nos remitimos ahora, eximiéndonos de cualquier comentario adicional.

2.3. LA CONDUCTA.

En esencia, podría decirse que la conducta ejecutiva propia de este tipo penal, se encuentra representada por el hecho de ejercer violencia. No obstante, una tal conclusión no dejaría de ser apenas parcialmente cierta, como que el contenido normativo de la disposición que se revisa, exige de un especial contenido direccional: No se sanciona aquí, contrario a lo que en un primer momento pudiera pensarse, el hecho de que se ejerza violencia contra un servidor público. No. Lo que aquí se sanciona es el hecho de que tal violencia sea ejercida con un especial elemento subjetivo (direccional): para obligarlo a observar una de dos conductas, a saber, o a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo, o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales.

Siendo claro, entonces, que se alude en este tipo penal a dos conductas, la del agente delictual y la del servidor público, esto es, la violencia que ejerce el primero y el acto que se quiere del segundo, cabría pregonar dos cosas respecto de ellas: De un lado, que lo que se sanciona en sede de este tipo penal es la conducta del agente delictual, y no el eventual proceder del servidor público (que estaría obrando, en principio, bajo insuperable coacción ajena). Y del otro, que no es necesario que el acto del servidor público llegue a alcanzarse o realizarse, en la medida en que ello no es necesario al encontrarse relacionado como elemento específico de carácter subjetivo en el tipo, por vías de lo cual se dice que se trata de una intencionalidad de ánimo que debe presidir el actuar del agente delictual, que no es necesario alcanzar o conseguir.

2.3.1. *EL NÚCLEO DEL TIPO: EJERCER VIOLENCIA.*

El núcleo del presente tipo penal, debe subrayarse, aparece como compuesto, en la medida en que se trata de ejercer violencia, lo cual exige consignar dos con-

---

[816] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 250.

sideraciones, a más de las ya apuntadas, en relación con el sentido y contenido de la violencia (todas las cuales deben ser tenidas en cuenta aquí, y por ello a ellas remitimos):

- La primera, que no se requiere que la violencia, aisladamente considerada, sea delictuosa: Basta con que se ejerza en forma idónea, aunque no deje señales visibles ni incapacidades ni deformidades.

Y si bien en un primer momento, como decía ARENAS[817], pudiera pensarse que si la violencia llegare hasta el extremo de privar de la vida o a menoscabar la integridad personal del servidor, el tipo penal del artículo 164 concurrirá con el respectivo homicidio o lesiones personales, una más atenta lectura del ordinal 8o. del artículo 328 del Código Penal, así como del 339 ejusdem, descartaría tal eventualidad: En efecto, conforme a la adición que reportó para el artículo 324 del Código Penal, el artículo 30 de la ley 40 de 1993 -como que le adicionó un ordinal 8o. a tal artículo, el que se ocupa de reglamentar el denominado homicidio terrorista o en desarrollo de actividades terroristas o contra una personalidad- se tiene que actualmente en nuestro medio, el hecho de que una persona le dé muerte, entre otras, a una persona que sea o haya sido servidor público por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones, la norma aplicable será aquella, esto es, la del artículo 328, ordinal 8o. del Código Penal, que subsumirá a la que se viene aquí examinando, lo que descarta, de paso, toda posibilidad de estructurar un concurso efectivo de tipos penales.

Lo expuesto, evidentemente, y en razón de la normatividad contemplada en el artículo 339 del mismo Código Penal operaría, igualmente, en el caso de las lesiones personales materializadas en tales condiciones y en relación con esos específicos sujetos pasivos, es decir, con los servidores públicos.

- Y la segunda, expuesta también por ARENAS[818], que en el hecho de ejercer violencia, radica la acción típica de la consumación, de tal manera, pues, que no se requiere, para que el delito se perfeccione, que el servidor violentado o amenazado haga u omita lo que se trata de imponerle: El delito es formal, no de resultado, porque lo que protege la ley penal es la libre determinación de los servidores en sus actos u omisiones, y ese interés jurídico se quebranta desde el momento mismo en que se produzca la violencia, aunque los pretendidos resultados no se obtengan.

2.3.2. *EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO: CONTENIDO DIRECCIONAL DE LA VIOLENCIA EJERCIDA.*

Ya se vio que no se sanciona, conforme a este tipo penal, el hecho de que una persona ejerza violencia contra servidor público, pues que es menester que tal comportamiento externo, objetivo, esté acompañado de un elemento subjetivo, que

---

[817] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 90.

[818] Ibídem, pág. 91.

le imprima contenido direccional a la conducta: En este orden de ideas, se dice que esa violencia ejercida en desmedro del servidor público, debe haberlo sido con una expresa finalidad, que no puede ser otra que la de obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales.

Que tal contenido direccional deba mediar significa, como de costumbre, que basta con que en el agente delictual exista esa particular intencionalidad de ánimo, al momento de la realización de la acción, no siendo necesario que real y efectivamente obtenga la materialización del designio criminoso por él propuesto, esto es, que verdaderamente logre obligar al sujeto pasivo de la infracción a hacer u omitir lo que pretende el infractor.

En este sentido, entonces, se puede decir que el propósito que anima (debe animar) el actuar del agente, debe estar representado en una de las dos alternativas que contempla la figura, a saber: que el servidor público ejecute u omita un acto propio de su cargo; o, del otro lado, que ese servidor público que aparece como sujeto pasivo inmediato de la conducta, realice un acto contrario a sus deberes oficiales.

No se presenta este delito, en consecuencia, si la violencia contra el servidor público se ejerce con una finalidad distinta: No siempre que se ejerce violencia contra un funcionario público en ejercicio de sus funciones se comete este delito, pues que, por ejemplo, si se golpea a un funcionario por motivos de orden personal, no se tipifica una conducta contra la administración pública, y ni siquiera la prevista en el artículo 164.

2.3.2.1. *EJECUTAR U OMITIR ALGÚN ACTO PROPIO DE SU CARGO.*

Recurriendo al mecanismo de la norma penal en blanco, el legislador considera que la primera finalidad que puede acompañar el actuar material del agente, ha de ser la de que el servidor público con respecto a la cual despliega la violencia, ejecute u omita un acto propio de su cargo, en donde lo primero que habrá de revisarse es lo atinente a los actos propios del cargo que desempeña ese servidor público que aparece como víctima primaria de esta infracción: Sea porque aspire a obligar a ese funcionario a que ejecute un acto propio de su cargo; sea porque aspire a que el servidor omita un acto propio de su cargo, se tendrá que la conducta del agente se entenderá consumada, con la simple mediación de una de tales aspiraciones, independientemente de que se logre u obtenga su materialización.

En esta segunda hipótesis, es decir, en que el agente obtenga el resultado a que aspiraba, o sea, que el servidor ejecute el acto querido por el victimario, u omita, en su caso, el acto que no deseaba el agente delictual se produjese (lo que habrá de entenderse consumado en el tiempo en que debió realizarse la acción omitida, por razón del mandato expresamente contenido en el inciso segundo del artículo 20 del Código Penal), lo que se tendrá será la muy factible operancia de un concurso efectivo de tipos penales: En tales casos, creemos con BERNAL PINZÓN[819], que

[819] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Pág. 258.

la responsabilidad del agente que ha empleado violencia contra un servidor público, y logra que este último realice un comportamiento delictual independiente, se extiende no sólo al delito medio (la violencia contra servidor público), sino también a los delitos que surjan con ocasión de la omisión o del incumplimiento del acto que correspondía realizar al funcionario (siendo esa la hipótesis en la cual concebíamos la posibilidad de que un particular apareciera como perjudicado con una violencia contra servidor público): Para estos casos, siendo claro que el servidor público que bajo tales presiones actúa, podría estar amparado por una causal de justificación o, en su caso, de inculpabilidad, se tendría que la responsabilidad del agente delictual (esto es, de quien actualiza el acto violento), sería la de autor mediato, en relación con estos últimos resultados dañosos.

En cuanto a la exigencia de una omisión, existe una gran polémica al interior de la doctrina nacional, como que mientras ARENAS[820] estima que ella puede constituir violencia contra el servidor público, cuando se busca obligarlo a abstenerse de ejecutar un acto o de impartir una orden, tanto como una resistencia, cuando la violencia se ejerce para impedir que un acto ya ejecutado se cumpla o para impedir que una orden impartida se obedezca (con lo cual concluye, luego de un amplio estudio al respecto, que el artículo 164 engloba la resistencia de que trata el artículo 337 del Código Penal italiano); otros, como es el caso de BERNAL PINZÓN[821] califica de aventurada tal opinión (comentando el Código Penal colombiano de 1936), ya que en su sentir (en planteamientos que siguen teniendo vigencia), "el Código colombiano no ha previsto como figura delictiva típica y autónoma el delito de "resistencia"".

2.3.2.2. *REALIZAR ACTO CONTRARIO A LOS DEBERES OFICIALES.*

La segunda alternativa del elemento subjetivo del tipo, que recurre nuevamente al mecanismo de la norma penal en blanco, dice referencia al hecho de que se aspire, con la ejecución de estas violencias, a que el servidor realice acto contrario a los deberes oficiales, con lo cual habrá de acudirse, una vez más, a la Constitución, a la ley o al reglamento, en orden a establecer cuales son los deberes oficiales de ese funcionario.

3. DISPOSITIVOS AMPLIFICADORES DEL TIPO.

3.1. TENTATIVA.

Partiendo del supuesto de que, como dice BERNAL PINZÓN, no existe unanimidad en la doctrina nacional, sobre la posibilidad de que esta figura delictual admita la forma imperfecta de la tentativa, como que, según recuerda, mientras por una parte PÉREZ señala que, en relación con esta figura, "es posible el grado

---

[820] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Págs. 91-93.

[821] Bernal Pinzón, Jesús. *Op. Cit.* Págs. 260-261.

de tentativa", PACHECO OSORIO, siguiendo a MAGGIORE, enseña que "la tentativa no es posible, porque desde que se inician las violencias o amenazas, ellas existen realmente y la infracción se da por consumada"; nosotros diremos que, para efectos de la dilucidación de tal punto, deben distinguirse dos cosas: De una parte, cuál ha sido la modalidad de la violencia ejercida; y de la otra, cuál ha sido el medio escogido para comunicarla o transmitirla.

Si la forma de conducta seleccionada por el agente fue la de la violencia física, en vez de la amenaza, creemos que difícilmente podría hablarse de tentativa, si se tiene en cuenta que desde el momento mismo en que se materializa esa forma de violencia, se entendería consumado el hecho. Por el contrario, si la forma empleada fue la de la violencia moral, y, dentro de ella, a través de la amenaza, podría presentarse la forma imperfecta de la tentativa, especialmente en aquellos casos en que la amenaza se comunica por escrito.

3.2. CONCURSO DE TIPOS PENALES.

No aparece actualmente viable, por lo que se dijo en precedencia, que este tipo penal concurra, de manera efectiva, con las lesiones personales o el homicidio, en atención al contenido normativo del ordinal 8o. del artículo 328 del Código Penal (que descartaría el concurso con el homicidio, en la medida en que el tipo penal aplicable sería este último), así como del artículo 339 ejusdem (que, por las mismas razones, excluiría la posibilidad de concurso con las lesiones personales, que, asumiendo el carácter de agravadas, subsumirían la violencia contra servidor público), con lo que nos vemos precisados a variar la posición que había sido por nosotros presentada en la primera edición de esta obra.

De otro lado, por virtud de lo dispuesto en el artículo 313 del Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4a. de 1913), puede llegar a presentarse una concurrencia de acciones (que no un concurso de tipos), entre la correccional y la ordinaria, cuando quiera que un particular falte al respeto o desobedezca a un servidor público con autoridad y/o mando, en atención al contenido normativo de los artículos 309 a 312 del aludido Código de Régimen Político y Municipal, siempre que dicho artículo dispone:

> "ART. 313. - Al que sea castigado correcionalmente por una falta, no se le puede seguir causa por la vía ordinaria por la misma falta, a menos que se haya ejecutado un hecho que constituya a la vez desacato o desobediencia al empleado público, y un delito o falta diversa definidos especialmente en la ley penal.
> En estos casos se puede castigar el desacato al empleado por la vía correccional, y el otro delito o falta que constituye el hecho, por la vía respectiva". (Subrayas fuera del texto).

No obstante, somos de la opinión de que el concurso de tipos sería meramente aparente, en relación con hipótesis como las siguientes:

3.2.1. Con el constreñimiento ilegal de que trata el artículo 276 del Código Penal, con el cual observa diferencias en cuanto al destinatario de la violencia (servi-

dor público en el art. 164, y particular en el art. 276); al elemento subjetivo del tipo (que no existe en el art. 276, y sí en el art. 164); y respecto del bien jurídico tutelado (que es la administración pública en el art. 164, y la autonomía individual en el art. 276).

3.2.2. Con algunas normas de estado de sitio, adoptadas como legislación permanente, que conjugan el carácter de especiales en relación con la que actualmente nos ocupan, y que se aplican de preferencia, con respecto a esta, cuando quiera que se reúnan los respectivos requisitos típicos en ellas contenidos, cual es el caso que se evidencia con:

3.2.2.1. El artículo 8o. del decreto 2790 de 1990, modificado por el artículo 1o. del decreto 099 de 1991 (incorporado, a su vez, como legislación permanente, por el artículo 12 del decreto 2266 de 1991; y corregido por el decreto 2326 de 1991), según el cual:

> "Los delitos de constreñimiento ilegal, tortura, homicidio, lesiones personales que se cometan en alguna de las personas relacionadas en el numeral 1o. del artículo 6 del presente estatuto, por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones, estarán sujetos a pena de prisión de quince (15) a veinticinco (25) años, y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales".

3.2.2.2. El artículo 26 del decreto 180 de 1988 (incorporado como legislación permanente por el artículo 4o. del decreto 2266 de 1991):

> "AMENAZAS PERSONALES O FAMILIARES. El que por cualquier medio apto para difundir el pensamiento, atemorice, amenace o cause alarma, zozobra o terror en una persona o familia, incurrirá, por este sólo hecho, en prisión de 1 a 4 años de prisión y multa de 5 a 25 salarios mínimos mensuales.
> Si la persona amenazada o intimidada, fuere funcionario público perteneciente a la rama jurisdiccional o al ministerio público o sus familiares, la pena se aumentará en una tercera parte".

3.2.3. Finalmente, restaría por examinar si el tipo penal que nos ocupa, podría concurrir con la reglamentación contenida en el artículo 62 del Código Penal, según la cual

> "Cuando el hecho punible fuere cometido contra empleado oficial por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, <u>salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del hecho punible</u>". (Negrillas fuera del texto).

Es, precisamente, la parte subrayada la que nos autoriza para proponer que en ningún momento podrá concurrir la conducta prevista en el artículo 164 del Código Penal, con la reglamentación contenida en el artículo 62 ejusdem, en la medida en que la calidad de servidor público que ha de conjugar el sujeto pasivo en la violencia contra servidor público, ha previsto ya, como elemento conformante del tipo, esa situación.

CAPÍTULO TERCERO

PERTURBACIÓN DE ACTOS OFICIALES

0. GENERALIDADES.

Ya habíamos dicho que este artículo, junto con el 164, encontraban su antecedente legislativo inmediato en el Código Penal de 1936, y, de manera remota, en el Código Penal italiano de 1930. Y también quedó establecido que, por este medio, se estaba protegiendo al servidor público, no ya considerado de manera individual, sino de manera corporativa: Por ello, prácticamente resultan operantes aquí las mismas consideraciones que anteriormente se consignaban en relación con la violencia contra servidor público, tanto a nivel de sujetos (activo y pasivo), como de objeto jurídico, entendiendo que la diferencia radicaría en las consideraciones atinentes al objeto material, así como a la conducta objetiva o externa. Por ello, en estas últimas consideraciones situaremos ahora nuestro análisis (remitiendo, en lo demás, a lo ya expuesto con motivo del estudio del artículo 164 del Código Penal).

1. EL OBJETO MATERIAL.

Desde el momento mismo en que el artículo 165 del Código Penal dispone:

> "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 cualquiera 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".

podemos inferir dos cosas:

- La primera, que era esta la disposición con base en la cual decíamos, desde el comienzo mismo de este trabajo, que por administración pública se entendía no sólo a la rama ejecutiva del poder público, sino a las tres ramas del mismo (incluyendo al legislativo y al jurisdiccional), como que así lo enseña, precisamente, esta disposición.

- Y la segunda, que el objeto material propio de este tipo penal, no es otro que el que constituyen o representan las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas; o, en general, cualquiera autoridad pública, lo cual nos lleva, entonces, a examinar lo que por cada uno de esos vocablos se comprende:

1.1. Debe ser ya claro que por autoridad pública se entiende aquella persona o entidad (individuos o cuerpos colegiados, respectivamente), que tiene poder de mando a nivel oficial, como manifestación de la función pública que desempeñan, desarrollan, ejecutan o representan: Por ello, bastante amplia resulta ser la figura penal que se examina, cuando alude a cualquier autoridad pública, como eventual objeto material de esta infracción, puesto que, si se quiere, tal concepto haría innecesario remitir a las otras formas de autoridad allí mismo relacionadas, a saber, a las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas, que, al fin de cuentas, no son más que eso: autoridad pública.

Quizá, lo que por tal vía pretendía prevenir el legislador, era que quedaran por fuera de tal protección algunas autoridades, que no hicieran parte de la rama ejecutiva, de la legislativa o, finalmente, de la jurisdiccional, como podría ser, por ejemplo, el caso de la denominada rama electoral: Se comprende, entonces, el temor, mas no se justifica. La sola mención de autoridad pública individual o colegiada, hubiera bastado para englobar a todas las autoridades públicas allí de manera casuística y, por lo demás, inapropiada.

1.2. Si ya conocemos el concepto de autoridad pública, y si ya sabemos qué fue lo que indujo al legislador a adicionar esta norma con tal expresión, cuando ya había relacionado las autoridades o corporaciones de las tres ramas tradicionales del poder, cabe practicar una segunda precisión, puesto que no es lo mismo (o no sería lo mismo, según la norma en examen), hablar de autoridad que de corporación, toda vez que el primer término introduce la idea de funcionario individual, a tiempo que el segundo introduce la idea de cuerpo colegiado: Tal pues, parece ser la intención del legislador con esta visualización (bastante antitécnica, en nuestro sentir), es decir, la de comprender dentro de la protección jurídica que por esta vía quería dispensar, no sólo a las autoridades ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales, sino, también, a las corporaciones de cada una de esas ramas del poder público:

- Como ejemplo de autoridades, en cada una de esas tres ramas del poder público, se tendrían: Al Presidente de la República, un gobernador o un alcalde, dentro de la rama ejecutiva; al presidente del senado o de la cámara de representantes, dentro de la rama jurisdiccional; y a un juez, fiscal o magistrado, dentro de la rama jurisdiccional;

- Como ejemplo de corporaciones, en cada una de esas tres ramas del poder público, se tendría: A las juntas directivas de los establecimientos públicos, en la rama ejecutiva; al Congreso de la República, en la rama legislativa; y a los Tribunales Superiores de Distrito o a la Corte Suprema de Justicia, en la rama jurisdiccional.

2. LA CONDUCTA.

La conducta objetiva o externa propia de este tipo penal, resulta ser alternativa

y circunstanciada, como que debe estar adornada de un especial elemento descriptivo modal del tipo.

Así, podría decirse que se trata de una figura delictual que admite la siguiente descomposición de sus elementos estructurales:

- Tipo penal de sujeto activo indiferenciado, como que puede serlo cualquier persona (lo que se infiere de la locución "el que...");

- Que ese sujeto activo indiferenciado realice una de dos conductas: O trata de impedir o perturbar, o pretenda influir en determinaciones o decisiones. No es necesario que efectivamente alcance o logre el resultado dañoso perseguido, como que así se desprende del contenido y significado de los correspondientes verbos (tratar, pretender).

- Que esa conducta ejecutiva se actualice dentro de los marcos de uno cualquiera de cuatro situaciones modales: a través de violencia, simulando autoridad, invocando falsa orden de autoridad o, finalmente, a través de cualquier maniobra engañosa (de tal manera que si no se procede dentro de tales marcos descriptivos, la conducta deviene en atípica).

- Finalmente, que la conducta ejecutiva recaiga sobre cualquier órgano o autoridad de la administración (entendido el concepto en sentido amplio).

2.1. LAS VARIANTES COMPORTAMENTALES.

Cuanto a lo primero, puede decirse que esa conducta puede observar una cualquiera de dos variantes, a saber:

2.1.1. Que, en relación con cualquiera de esas autoridades públicas que observando el carácter de sujeto pasivo inmediato e, igualmente, de objeto material de la conducta, se trate o de impedir o de perturbar sus reuniones; o, en otro sentido, de impedir o perturbar el ejercicio de sus funciones.

Si impedir quiere decir hacer algo absolutamente imposible de realización, y perturbar significa dificultar, obstaculizar la realización de algo, puede decirse que la conducta ejecutiva propia de esta disposición puede orientarse en uno cualquiera (pues que al fin de cuentas el tipo es alternativo y compuesto) de los siguientes sentidos:

- El agente trata, mediante la realización de unas actos precisamente cualificados por la norma, de impedir la reunión de un cuerpo colegiado, de una cualquiera de las ramas del poder público;

- El agente trata, mediante uno de esos mismos actos, que una vez iniciada la reunión, la misma pueda avanzar o llegar a buen término (lo que sucede cuando la perturba);

- El agente trata, siempre bajo esos medios comisivos (que serán detallados más adelante), de impedir que una cualquiera de esas autoridades públicas pueda cumplir con sus funciones (lo que no exige, necesariamente, que se impida o perturbe

sus reuniones, como cuando, después de haberse ella reunido, si es que era necesario, como lo sería en el caso de las corporaciones, y luego de haberse adoptado una determinación, se impide su cumplimiento o materialización);

- El agente trata de obstaculizar (perturbar), el cumplimiento o desarrollo de sus funciones, por parte de esa autoridad pública;

Varias con, pues, las hipótesis comportamentales a través de las cuales puede realizarse este tipo penal: Y, lo que es más, quedado claro que no es necesario, conforme a lo expuesto, que el agente logre u obtenga su designio criminoso, puesto que así no lo exige la norma. Basta con que se tenga esa intención, sin que sea necesario para la consumación de la conducta, el que se obtenga el fin perseguido (lo que podría tener significación al momento de entrar a establecer un eventual concurso efectivo de tipos penales). Más aún, dejemos en claro que tanto el impedir como el perturbar pueden operar tanto antes de que comience la respectiva reunión, como en el transcurso de la misma: No solamente se puede impedir o perturbar una reunión de una de estas autoridades, antes de que tenga comienzo ella, sino que ello puede también ocurrir durante el transcurso de la misma.

2.1.2. Que, en relación con cualquiera de esas autoridades públicas que observando el carácter de sujeto pasivo inmediato e, igualmente, de objeto material de la conducta, se pretenda influir en sus decisiones o deliberaciones, lo que puede hacerse, entonces, de una de dos maneras:

- El agente trata de influir en las decisiones que debe adoptar esa autoridad, siempre a través del empleo de los precisos medios comisivos indicados en la norma; o,

- El agente trata de influir en las deliberaciones de una corporación, dentro de los márgenes del elemento descriptivo (modal), que encierra el tipo.

Es evidente, dicho sea de paso, que no es lo mismo deliberación que decisión: Lo primero hace alusión al debate, a las exposiciones, sustentaciones y, si se quiere, a las discusiones que se presentan en todo organismo colegiado, de cara a la adopción de una determinada decisión; lo segundo, como se vislumbra de lo recientemente expuesto, es la definición que se da por la corporación al asunto debatido, es la solución final que frente al caso propuesto, finalmente se adopta por la entidad. De ahí, pues, que pudiendo influirse en la decisión, a través de la influencia en las deliberaciones, el legislador haya estimado pertinente (en nuestro sentir, con buen tino), acriminar ambas situaciones.

2.2. EL ELEMENTO DESCRIPTIVO DE CARÁCTER MODAL DEL TIPO.

No basta, para la tipificación de una conducta dentro de los márgenes del artículo 165 del Código Penal, con que el agente trate de impedir o perturbar tales reuniones o deliberaciones, o pretenda influir en sus decisiones o deliberaciones. No. Ello debe hacerse a través de una vía cualificada por la misma norma, que

exige que ello se haga por medio de violencia, o simulando autoridad, invocando falsa orden de la misma o valiéndose de cualquier otra maniobra engañosa, lo que puede contraerse a dos expresiones: violencia (fuerza) o engaño (error).

Lo expuesto en el acápite precedente, en relación con la violencia contra servidor público, resulta igualmente predicable aquí. Y en cuanto hace con el medio engañoso, debe tenerse en cuenta que si bien la norma comienza caracterizándolo a través de la simulación de autoridad (concepto ya conocido, al estudiar al respectivo tipo penal) o invocando falsa orden de la autoridad, termina perdiendo todo rigor técnico-legislativo, cuando dice "o valiéndose de cualquier otra maniobra engañosa", con lo que lo único inhesitable, es que el medio empleado para tratar de impedir o perturbar esas reuniones, o pretender influir en esas decisiones o deliberaciones, ha de ser un medio que conduzca a engaño y, finalmente, a error, a esa autoridad pública que se alza como víctima primaria de esta infracción: Tal, sería el caso conjugado de quien anuncia, dolosamente, que en el recinto hay una bomba, sin que ello sea cierto, con el ánimo de impedir o perturbar la reunión. Es claro, en tal caso, que si bien no hay violencia (precisamente porque no existe la anunciada bomba), es lo cierto que sí hay un engaño (porque tal anuncio conduce a error a los integrantes de la corporación).

Lo anterior pone de presente que entre esa violencia y/o el medio engañoso utilizado por el agente, y el resultado dañoso pretendido (que no necesariamente alcanzado), debe mediar, cuando menos, un nexo causal a nivel ideal, que permita establecer la conexión entre uno y otro extremo, dentro de la exigencia legal. Por ello, resulta pertinente recordar que, según ARENAS[822], para que se configure este delito, se requiere la producción de condiciones o circunstancias objetivas y subjetivas de tal naturaleza que sirvan o tengan suficiente idoneidad para impedir la reunión o turbarla.

No encuadrarían, por ejemplo, dentro del tipo penal previsto en el artículo 165 del Código Penal, conductas tales como las desplegadas por parte de la persona que con pitos, bulla, música, etc., impide o perturba la reunión, porque, en tal caso, el empleado ni es medio violento ni es medio engañoso; o, en otro sentido pero con idéntica conclusión, la conducta de la persona que corta el fluido eléctrico del edificio en el cual labora ordinariamente una corporación judicial, con miras a que los magistrados no puedan subir a los elevados pisos en donde debe llevarse a cabo la reunión, pues que en tal caso tampoco se ha empleado (en cuanto tal) un medio violento o engañoso.

Esta última consideración, precisamente, es la que termina haciendo que esta disposición resulte siendo inaplicable en la práctica, toda vez que no basta con que se trate, por parte del agente delictual, de impedir o perturbar la reunión, o con que se pretenda influir en las decisiones o deliberaciones. No. Conforme a la redacción que actualmente observa esta norma, es menester que ello deba hacerse,

---

[822] Arenas, Antonio Vicente. *Op. Cit.* Pág. 93.

es decir, intentarse, a través de una de las variantes que tiene que asumir el elemento descriptivo de carácter modal del tipo, esto es, que ello se haga por medios violentos o engañosos (de tal manera que si los medios empleados para impedir o perturbar tal reunión, no conjugan tal característica, habrá de decirse, finalmente, que la conducta es atípica).

Por esta vía, se colige que la tentativa no aparece como viable, puesto que la figura se consuma cuando se producen las violencias o amenazas, con las cuales se trata de impedir o turbar la reunión, aunque no se obtenga ese resultado, pues el delito no es material sino de peligro: Y no parecieran ser viables las consideraciones que apuntábamos anteriormente, en relación con la posibilidad de tentativa en las amenazas escritas, pues que aquí no se trata ya tanto de la amenaza, en sí misma, sino de la amenaza con un muy específico contenido direccional (impedir o turbar las reuniones; influir en las decisiones o deliberaciones), de tal manera que, en la carta amenazante que se envía, podría resultar equívoco en demasía ese mero acto ejecutivo (el remitir la carta contentiva de una amenaza), como para poder deducir una tentativa de perturbación de actos oficiales.

Es que si el propósito del agente no es el de impedir o de perturbar la reunión, si no otro distinto, no se configura este tipo penal. Así, por ejemplo, cuando se trata de protestas, gritos u otras manifestaciones hostiles, el hecho se sanciona disciplinariamente de acuerdo con los reglamentos internos (salvo que se traspase ya al campo penal).

SECCIÓN TERCERA
CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

En honor a la verdad, no es usual ni normal que como corolario a un trabajo que comporta un análisis dogmático de tipos penales, se presenten o sitúen algunas conclusiones: con todo, dada nuestra formación criminológica, la misma que no podemos ocultar y de la cual no podemos abjurar, no podemos sustraernos a la presentación de un muy breve análisis "macro" de este título del Código Penal, entendiendo que lo que se ha practicado a todo lo largo de la exposición precedente, ha sido un estudio "micro" de todos y cada uno de los tipos penales en el mismo contenidos.

Y, por tal vía, si de lo que se trata con este abanico de disposiciones, es combatir la criminalidad, y, de manera específica, la denominada corrupción oficial, tendremos que decir y reconocer, que el balance final, ciertamente, no podría ser más descorazonador, puesto que, de un lado, se observa que, en gran medida, no se ha hecho en este título del Código Penal que verificar una mera criminalización simbólica de algunas conductas; y del otro, tiénese que muchas de las conductas punibles aquí contempladas, estarían mejor ubicadas en otro terreno, en otro ordenamiento jurídico, a tiempo que presentarían un mayor carácter intimidatorio y sancionatorio, si en vez de las actuales, contemplasen consecuencias jurídicas diferentes a las que actualmente presentan.

En efecto, desde el punto de vista estrictamente jurídico-sustancial, no puede perderse de vista que en muchas oportunidades el legislador, con miras a satisfacer las presiones o intereses individuales y/o particulares que animan, motivan o, en ocasiones, determinan la acriminación de una determinada conducta, así lo hace, pero sin que con ello, real y efectivamente, se esté sancionando la conducta supuestamente considerada como punible, lo cual puede acontecer por una de dos razones: o porque el tipo penal, en cuanto tal, resulta ser inaplicable, bien sea porque ha sido mal redactado, bien sea porque ha sido mal concebido; o porque, desde otro ángulo, porque la sanción adosada a ese tipo penal, aparece como absolutamente irrisoria, nimia, intrascendente, en relación con la magnitud del daño social que se ocasiona con la patentización de dicho tipo penal.

Sea porque deliberadamente así se haya procedido, sea porque ello ha obedecido a desidia, negligencia o, simplemente, a desconocimiento y/o incapacidad cognoscitiva del legislador, en muchas ocasiones sucede que un tipo penal resulta ser absoluta y verdaderamente inaplicable, tal como se ha puesto de presente, al finalizar el examen individual de muchos de los tipos penales aquí comentados. Empero, en otras ocasiones esa criminalización simbólica por defectos en el tipo penal, no es de índole formal (mala redacción), como ha sido puesto de presente, sino

que ello obedece a defectos de índole sustancial, como cuando el tipo penal se encuentra mal concebido (como se vio, acontece con algunas formas de usurpación de funciones o simulación de autoridad), de tal manera que no puede él ser aplicado, que no tiene cabida en el mundo fenoménico, por la sencilla razón de que, materialmente, han sido ellos tipos penales mal concebidos, al no encontrar conexión y la debida integración, con otras disposiciones propias de la ley penal.

Empero, como si todo lo anterior fuera poco, tiénese que desde el punto de vista procedimental existen algunas disposiciones que, realmente, no reportan mayor grado o sentido de intimidación o, siquiera, de retribución en relación con el infractor de la ley penal, quien, de antemano, en muchas oportunidades es conocedor de la posibilidad de obtener una libertad provisional (popularmente conocida como excarcelación) o, en su caso, el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, para el evento en que se incurra en una de estas infracciones a la ley penal: así, la expectativa de ser privado de la libertad, la posibilidad remota de ser sancionado, en muchas oportunidades (por no decir que las más), pasa a formar parte de los costos operativos del delito.

Lo expuesto, entonces, pone de presente que si se trata de combatir la criminalidad, como se supone que lo es, según los objetivos tradicionalmente trazados para y por la política criminal, habremos de decir que gran parte de esa lucha se encuentra de antemano perdida por el Estado, la administración pública y, consecuencialmente, la sociedad, en la medida en que no existen unos adecuados instrumentos y/o mecanismos político-penales, para asumir tal reto: si al hecho de que los tipos penales son inaplicables (por defectos de fondo o de forma) en muchas oportunidades, y de que las sanciones son en verdad irrisorias e intranscendentes, se suma el hecho de que, usualmente, quien incurre en atentados contra la administración pública, cuales los contenidos en el título III del Código Penal, son personas con elevados o, cuando menos, buenos conocimientos jurídicos, contables, administrativos, etc., todo lo cual nos permitiría, en muchos casos, situarlos en la categoría de delincuentes de cuello blanco (con el evidente temor, de nuestra parte, de que por esta vía comience a desfigurarse tal concepto criminológico), habremos de colegir que los instrumentos y mecanismos jurídicos-penales con los que se ha dotado al Estado colombiano para enfrentar tal realidad, no solamente aparecen como insuficientes, anacrónicos y defectuosos, sino que, de contera, colocan a ese mismo Estado y, por ende, a la sociedad, en una situación de clara y neta desventaja frente a la criminalidad.

Adicionalmente, según se vio en su momento al terminar la revisión de muchos de estos tipos penales aquí contenidos, en muchas oportunidades se ha elevado a la categoría de tipo penal, conductas verdaderamente inocuas, esto es, comportamientos que, bien desde el punto de vista ontológico, bien desde el punto de vista axiológico, que se compadecen con el concepto de delito con lo que es y debe ser un delito: Por ello, como dimos en plantearlo en su correspondiente oportunidad,

son muchas las conductas aquí contenidas, que ameritarían su despenalización por cambio de ordenamiento jurídico, cuando no su total y definitiva desacriminación.

El panorama así planteado exige, entonces, de soluciones: y ellas, habrá de puntualizarse, habrán de comenzar en el delineamiento de una clara, precisa y coherente política criminal por parte del Estado colombiano, que no solamente defina qué y cómo se va a sancionar (no solamente desde el punto de vista sustancial, sino, también lo que es más importante aún, en muchas oportunidades, desde el punto de vista procedimental). A partir de allí, por tanto, creemos que debería proceder todo un replanteamiento de este título, no sólo teniendo en cuenta consideraciones criminológicas como las planteadas por nosotros en su momento, sino también de penología y dosimetría penal, corrigiendo la redacción de muchos tipos penales, corrigiendo la concepción material sobre otros, y, por último, despenalizando (por cambio de ordenamiento jurídico) y desacriminando, lo que debe ser objeto de tales determinaciones.

ANEXO

LEY 190 DE 1995
(Junio 6)

Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

El Congreso de Colombia

Decreta:

I. RÉGIMEN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

A. CONTROL SOBRE EL RECLUTAMIENTO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Art. 1o.- Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces, el formato único de hoja de vida debidamente diligenciado en el cual consignará la información completa que en ella se solicita:

1. Su formación académica, indicando los años de estudio cursados en los distintos niveles de educación y los títulos y certificados obtenidos.

2. Su experiencia laboral, relacionando todos y cada uno de los empleos o cargos desempeñados, tanto en el sector público como en el privado, así como la dirección, el número del teléfono o el apartado postal en los que sea posible verificar la información.

3. Inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira o para celebrar contrato de prestación de servicios con la administración.

4. En caso de personas jurídicas, el correspondiente certificado que acredite la representación legal, y

5. *Los demás datos que se soliciten en el formato único.*

Parágrafo.- Quien fuere nombrado para ocupar un cargo o empleo público o celebre un contrato de prestación de servicios con la administración deberá, al momento de su posesión o de la firma del contrato, presentar certificado sobre antecedentes expedido por la Procuraduría General de la Nación y el certificado

sobre antecedentes penales expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Sólo podrán considerarse como antecedentes las providencias ejecutoriadas emanadas de autoridad competente.

Nota: El numeral 5o. del presente artículo (indicado entre corchetes e itálica), fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia del 6 de noviembre de 1997.

Art. 2o.- En el orden nacional, créase el Sistema Unico de Información de Personal en el Departamento Administrativo de la Función Pública, el que tendrá las siguientes funciones:

1. Elaborar los formatos de hoja de vida única, para las personas que aspiren a cargos o empleos públicos, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración, así como los formatos de actualización de datos para nuevas solicitudes de ingress a la Administración Pública y de calificación de los empleados del sector público.

2. Acopiar y sistematizar la información contenida en las hojas de vida y en los formatos únicos de calificación.

3. Actualizar la información de acuerdo con los datos que periódicamente lleguen a su conocimiento, y

4. Suministrar la información a su alcance, cuando sea requerida por una entidad pública.

Parágrafo.- La inclusión de los contratistas de prestación de servicios en el Sistema Unico de Información de Personal no genera vínculo laboral alguno con la administración pública ni da lugar a un régimen prestacional especial.

Art. 3o.- A partir de la vigencia de la presente ley, las hojas de vida de las personas que ocupan cargos o empleos públicos o de quienes celebren contratos de prestación de servicios con la administración, permanecerán en la unidad de personal de la correspondiente entidad, hasta su retiro. Producido éste, la mencionada unidad enviará al Sistema Unico de Información de Personal de que trata el artículo anterior, la hoja de vida con la información relativa a la causa del retiro. [*Dicha información no podrá utilizarse como prueba en procesos judiciales o administrativos de carácter laboral y de ella sólo se comunicará la identificación del funcionario y las causas de su desvinculación del servicio o de la terminación anormal de sus contratos*].

Cuando una persona aspire a ingresar a una entidad pública o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración, habiendo desempeñado cargo o empleo público o celebrado contrato de prestación de servicios con anterioridad la correspondiente entidad solicitará la hoja de vida al Sistema Unico de Información de Personal.

Si transcurridos quince (15) días hábiles, la entidad nominadora o contratante no ha recibido respuesta del Sistema Unico de Información de Personal, podrá decidir autónomamente si vincula o contrata al aspirante, siempre y cuando se

reúnan los demás requisitos legales y sin perjuicio de la facultad de revocar la decisión. En todo caso, la demora injustificada en responder, o la omisión de solicitar la hoja de vida al Sistema Unico de Información de Personal, será causal de mala conducta.

Cuando el aspirante haya celebrado contrato de prestación de servicios con la administración, o desempeñado cargo o empleo público, con anterioridad, allegará a la respectiva entidad el formato único de actualización de datos debidamente diligenciado, junto con la documentación que acredite la actualización de información.

Las hojas de vida de los aspirantes no seleccionados, serán enviadas al Sistema Unico de Información de Personal del Departamento Administrativo de la Función Pública, con el fin de que sean incorporadas a los bancos de datos allí existentes.

La persona seleccionada deberá aportar todos los documentos que acreditan la información contenida en el formato único de hoja de vida.

Nota: La parte itálica entre corchetes fue declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia del 5 de febrero de 1996.

Art. 4o.- El jefe de la unidad de personal de la entidad que reciba una solicitud de empleo, o quien haga sus veces, dispondrá de un término de quince (15) días para velar porque la correspondiente hoja de vida reúna todos los requisitos.

Si a ello hubiere lugar, dejará constancia escrita de las correspondientes observaciones.

Art. 5o.- En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años.

Art. 6o.- En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.

Art. 7o.- Para la provisión de los cargos de carrera administrativa que queden vacantes en las entidades de la Administración Pública, mediante el sistema de concurso abierto, se considerarán como méritos, la valoración del trabajo desarro-

llado en los puestos anteriormente ocupados, los cursos de capacitación, estudios y trabajos de investigación realizados y los títulos académicos obtenidos.

Art. 8o.- El Departamento Administrativo de la Función Pública reglamentará por vía general el sistema de selección por concurso abierto, de que trata el artículo anterior.

Art. 9o.- Dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente ley las entidades públicas elaborarán un manual de funciones en el cual se especifiquen claramente las tareas que debe cumplir cada funcionario de la entidad. Aquellas que dispongan de manual de funciones deberán asegurar que respecto de cada servidor público se precisen de manera clara sus funciones.

Las funciones asignadas serán comunicadas a cada empleado, quien responderá por el cumplimiento de las mismas de acuerdo con la ley, el reglamento y el manual.

B. INCENTIVOS PARA FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Art. 10.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 27 de 1992, quienes sean seleccionados como mejores empleados de la entidad y de los niveles que la conforman, tendrán derecho a ocupar en propiedad los empleos de superior categoría que queden vacantes, siempre y cuando reúnan los requisitos exigidos para su desempeño.

Art. 11.- La evaluación del desempeño deberá tenerse en cuenta siempre que se trate de seleccionar candidatos para la postulación y otorgamiento de becas, participación en cursos especiales de capacitación, concesión de comisiones de estudio y participación en programas de bienestar social.

En el correspondiente acto de selección deberá dejarse constancia expresa de haberse considerado tal criterio como elemento decisorio para asignar cualquiera de los beneficios relacionados, sin perjuicio de que se exija al candidato escogido el lleno de los requisitos a que haya lugar en cada caso.

Art. 12.- Las entidades públicas divulgarán en lugar público, o a través de los medios oficiales de comunicación, la identidad de quienes resulten elegidos como mejores empleados.

C. DECLARACIÓN DE BIENES Y RENTAS.

Art. 13.- Será requisito para la posesión y para el desempeño del cargo la declaración bajo juramento del nombrado, donde conste la identificación de sus bienes. Tal información deberá ser actualizada cada año y, en todo caso, al momento de su retiro.

Art. 14.- La declaración juramentada deberá contener, como mínimo, la siguiente información:

1. Nombre completo, documento de identidad y dirección del domicilio permanente.

2. Nombre y documento de identidad, del cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en primer grado de consanguinidad.

3. Relación de ingresos del último año.

4. Identificación de las cuentas corrientes y de ahorros en Colombia y en el exterior, si las hubiere.

5. Relación detallada de las acrencias y obligaciones vigentes.

6. Calidad de miembro de juntas o consejos directivos.

7. Mención sobre su carácter de socio en corporaciones, o sociedades o asociaciones.

8. Información sobre existencia de sociedad conyugal vigente o de sociedad de hecho ente compañeros permanentes, y

9. Relación e identificación de bienes patrimoniales actualizada.

Parágrafo.- En la declaración juramentada se debe especificar que los bienes y rentas declaradas son los únicos que posee el declarante, ya sea personalmente o por interpuesta persona, a la fecha de dicha declaración.

Art. 15.- Será requisito para la posesión o para el ejercicio de función pública suministrar la información sobre la actividad económica privada del aspirante. En ella se incluirá la participación en sociedades o en cualquier organización o actividad privada de carácter económico o sin ánimo de lucro de la cual haga parte, dentro o fuera del país. Todo cambio que se produzca, deberá ser comunicado a la respectiva entidad dentro de los dos (2) meses siguientes al mismo.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servicio público.

Art. 16.- La unidad de personal de la correspondiente entidad o la dependencia que haga sus veces, deberá recopilar y clasificar la información contenida en las declaraciones de que trata la presente ley, y la adjuntará a la correspondiente hoja de vida.

II. RÉGIMEN PENAL

A. MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL

Art. 17.- El Código Penal tendrá un artículo con el número 59A, del siguiente tenor:

Artículo 59A. *Inhabilidad para el desempeño de funciones públicas.* Los servidores públicos a que se refiere el inciso 1 del artículo 123 de la Constitución Política, quedarán inhabilitados para el desempeño de funciones públicas cuando sean condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, sin perjuicio del derecho de rehabilitación que contempla el Código de Procedimiento Penal y en concordancia con el inciso final del artículo 28 de la Constitución Política.

Art. 18.- Modifícase el artículo 63 del Código Penal, así:

Artículo 63. *Servidores Públicos*. Para todo 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 aquélla sea utilizada en el Código Penal o en el Código de Procedimiento Penal.

Art. 19.- El artículo 133 del Código Penal quedará así:

Artículo 133. *Peculado por apropiación*. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o 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 (1/2) a las tres cuartas (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 (1/2).

Art. 20.- El artículo 138 del Código Penal quedará así:

Artículo 138. *Peculado por extensión*. También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualesquiera de las conductas en ellos descritas sobre bienes:

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 éste.

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

Art. 21.- El artículo 140 del Código Penal quedará así:

Artículo 140. *Concusión*. 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 mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Art. 22.- El artículo 141 del Código Penal quedará así:

Artículo 141. *Cohecho propio*. 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 legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Art. 23.- El artículo 142 del Código Penal quedará así:

Artículo 142. *Cohecho impropio*. 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 desempeño 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.

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.

Art. 24.- El artículo 143 del Código Penal quedará así:

Artículo 143. *Cohecho por dar u ofrecer*. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos 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 partícipe particular, efectuada dentro de los quince (15) 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].

Nota: El parágrafo de esta norma (indicado en itálica entre corchetes) fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia del 9 de diciembre de 1996.

Art. 25.- El artículo 147 del Código Penal quedará así:

Artículo 147. Tráfico de influencias para obtener favor del servidor público. 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 de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo 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, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Art. 26.- 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.

Art. 27.- El Código Penal tendrá un artículo con el número 148A, del siguiente tenor:

Artículo 148A. Utilización de información privilegiada. 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 provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años e interdicción de funciones por el mismo término de la penal principal.

Art. 28.- El artículo 149 del Código Penal quedará así:

Artículo 149. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta.

Art. 29.- El artículo 150 del Código Penal quedará así:

Artículo 150. Prevaricato por omisión. El servidor público que omita, retarde, rehuse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en las penas previstas en el artículo anterior.

Art. 30.- El artículo 151 del Código Penal quedará así:

Artículo 151. *Prevaricato por asesoramiento ilegal.* El servidor público que asesore, aconseje o patrocine de manera ilícita a persona que gestione cualquier

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

Art. 31.- El artículo 177 del Código Penal quedará así:

Artículo 177. *Receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales.* 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 el 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 constituye el objeto material o el producto del hecho punible es superior a mil (1000) 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 el 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 o 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 o 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.

Art. 32.- Para los delitos contra la Administración Pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, ésta será siempre entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez.

B. ASPECTOS PROCESALES

Art. 33.- Harán parte de la reserva las investigaciones preliminares, los pliegos y autos de cargos que formulen la Procuraduría General de la Nación y demás órganos de control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo mismo que los respectivos descargos; los fallos serán públicos.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de que el investigado tenga acceso a la investigación, desde los preliminares.

Parágrafo primero.- La violación de la reserva será causal de mala conducta.

[*Parágrafo segundo.- Tampoco podrán publicarse extractos o resúmenes del contenido de la investigación sometida a reserva, hasta que se produzca el fallo*].

Parágrafo tercero.- En el evento de que se conozca la información reservada, la entidad deberá verificar una investigación interna y explicarle a la opinión las posibles razones del hecho.

Nota: El parágrafo 2o. de la presente norma fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia del 5 de febrero de 1996.

Art. 34.- El artículo 569 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Artículo 569. *Requisitos para solicitarla.* Sin perjuicio de lo previsto en tratados públicos, cuando contra una persona que se encuentre en el exterior se haya proferido en Colombia resolución que resuelva la situación jurídica, imponiendo medida de aseguramiento de detención preventiva, resolución de acusación en firme o sentencia condenatoria por delito que tuviere pena privativa de la libertad no inferior a dos (2) años de prisión, el funcionario que conociere del proceso en investigación o en primera o única instancia, pedirá al Ministerio de Justicia y del Derecho que se solicite la extradición del procesado o condenado, para lo cual remitirá copia de la providencia respectiva y demás documentos que considere conducentes.

La solicitud podrá elevarla el funcionario de segunda instancia cuando sea él quien ha formulado la medida.

Art. 35.- En el evento de bienes cuya mutación de propiedad esté sujeta a cualquier modalidad de registro, respecto de los cuales se hubiere dispuesto su embargo o secuestro preventivo o se hubiere producido su decomiso, se dará aviso inmediato al funcionario competente, quien inscribirá la medida sin someterla a turno alguno ni al cobro de cualquier derecho, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

La orden de entrega definitiva de bienes a particulares será sometida al grado jurisdiccional de consulta y sólo se cumplirá una vez la providencia dictada en él quede ejecutoriada.

Art. 36.- En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada.

De la apertura de instrucción deberá siempre comunicarse en los términos de ley al representante legal de la entidad de que se trate.

El cumplimiento de estas obligaciones es causal de mala conducta para el funcionario correspondiente.

Art. 37.- Lo dispuesto en el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal se aplicará igualmente para garantizar el pago de las multas en los casos en que esta pena se encuentre prevista.

Art. 38.- Lo dispuesto en el artículo 27 numeral 1 de la Ley 24 de 1992 se aplicará en materia penal y disciplinaria, a menos que existan medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito o infracción disciplinaria que permitan adelantar la actuación de oficio.

III. RÉGIMEN FINANCIERO

Art. 39.- El régimen previsto para las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, a que se hace referencia en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (decreto 663 de 1993), se aplicará a las personas sometidas a inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Valores.

Parágrafo primero.- Dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente ley las personas mencionadas en este artículo establecerán los mecanismos de control y los procedimientos específicos indicados en el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (decreto 663 de 1993).

Parágrafo segundo.- El control del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la presente disposición se realizará por la respectiva entidad que ejerza vigilancia sobre la persona obligada.

Art. 40.- Las autoridades que reciban información de las personas sometidas a inspección, vigilancia o control de las Superintendencias Bancaria y de Valores y establezcan los supuestos indicados en el artículo 102 literal d) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (decreto 663 de 1993), deberán informar a la Fiscalía General de la Nación sobre los hechos o situaciones advertidos.

Parágrafo primero.- El Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Justicia y del Derecho y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, podrá disponer que la información recaudada por las personas a que se refieren este artículo y el artículo 43 de la presente ley, sea remitida a la autoridad que el reglamento determine, con el propósito de centralizar y sistematizar la información, en orden a establecer mecanismos de control comprensivos de las distintas operaciones realizadas.

Parágrafo segundo.- Dentro de los dos (2) meses siguientes a la vigencia de esta ley, las Superintendencias Bancaria y de Valores asignarán a una de sus dependencias la función de control de las operaciones de que tratan los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (decreto 663 a 1993), sin perjuicio de que el Gobierno Nacional cree unidades especializadas dentro de ellas, para tal efecto.

Anualmente las mencionadas entidades rendirán un informe con destino a la Fiscalía General de la Nación sobre las actividades cumplidas, conforme lo establecido en este parágrafo.

Art. 41.- Quien incumpla la obligación contenida en el último inciso del artículo 105 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (decreto 663 de 1993), incurrirá en la sanción allí prevista, sin perjuicio de la sanción penal que por tal conducta pueda corresponder.

Art. 42.- Cuando se suministre la información de que trata el artículo 40 de la presente ley, no habrá lugar a ningún tipo de responsabilidad para la persona jurídica informante, ni para los directivos o empleados de la entidad, en concordancia con el artículo 102 del decreto-ley 663 de 1993.

Art. 43.- Las obligaciones establecidas en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (decreto 663 de 1993) serán cumplidas, además, por las personas que se dediquen profesionalmente a actividades de comercio exterior, casinos o juegos de azar.

En tal caso, dicha obligación empezará a cumplirse en la fecha que señale el Gobierno Nacional.

Art. 44.- Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta.

IV. SISTEMAS DE CONTROL

A. CONTROL SOBRE ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO

Art. 45.- De conformidad con la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional, todas las personas jurídicas y las personas naturales que cumplan los requisitos señalados en el reglamento, deberán llevar contabilidad, de acuerdo con los principios generalmente aceptados. Habrá obligación de consolidar los estados financieros por parte de los entes bajo control.

Cuando se cumplan los requisitos, los estados financieros básicos y los estados financieros consolidados deberán ser sometidos a una auditoría financiera.

El Gobierno podrá expedir normas con el objeto de que tal autoría contribuya a detectar y revelar situaciones que constituyan prácticas violatorias de las disposiciones o principios a que se refiere la presente ley.

Art. 46.- La entidad sin ánimo de lucro que dé aplicación diferente a los recursos que reciba del Estado a cualquier título, será sancionada con cancelación de la personería jurídica y multa equivalente al valor de lo aplicado indebidamente, sin perjuicio de las sanciones penales que por tal hecho se puedan generar.

Art. 47.- El representante legal de una entidad sin ánimo de lucro que reciba recursos del Estado a cualquier título, estará sujeto al régimen de responsabilidad

administrativa, previsto por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para los representantes legales de las entidades del sector público, cuando celebre cualquier tipo de contrato, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.

B. CONTROL SOCIAL

Art. 48.- A partir de la vigencia de esta ley todas las entidades públicas de la rama ejecutiva deberán establecer, a más tardar el treinta y uno (31) de diciembre de cada año, los objetivos a cumplir para el cabal desarrollo de sus funciones durante el año siguiente, así como los planes que incluyan los recursos presupuestados necesarios y las estrategias que habrán de seguir para el logro de esos objetivos, de tal manera que los mismos puedan ser evaluados de acuerdo con los indicadores de eficiencia que se diseñen para cada caso, excepto los gobernadores y alcaldes a quienes en un todo se aplicará lo estipulado en la ley que reglamentó el artículo 259 de la Constitución Política referente a la institución del voto programático.

Parágrafo.- A partir de la vigencia de esta ley, todas las entidades públicas diseñarán y revisarán periódicamente un manual de indicadores de eficiencia para la gestión de los servidores públicos, de las dependencias y de la entidad en su conjunto, que deberán corresponder a indicadores generalmente aceptados.

El incumplimiento reiterado de las metas establecidas para los indicadores de eficiencia, por parte de un servidor público, constituirá causal de mala conducta.

Art. 49.- Cada entidad pública, a través de la dependencia a que se refiere el artículo 53 de la presente ley, tendrá una línea telefónica gratuita permanente a disposición de la ciudadanía para que a ella se reporte cualquier recomendación, denuncia o crítica relacionada con la función que desempeña o el servicio que presta. Trimestralmente la entidad presentará un informe compilado a la Comisión Ciudadana de Lucha contra la Corrupción, sobre las principales quejas y reclamos, así como la solución que se dio a las mismas.

Art. 50.- El Fondo para Participación Ciudadana en coordinación con la Comisión Ciudadana de Lucha contra la Corrupción, realizará estudios periódicos con el fin de consultar a la ciudadanía sobre las condiciones de las funciones que desempeñan o los servicios que prestan las entidades del Estado. Los resultados consolidados de estas encuestas serán enviados a los gerentes, representantes legales o directores de todas las entidades públicas donde se encuentren problemas relacionados con el desempeño de la función o la prestación del servicio, con el fin de que éstos formen las medidas pertinentes.

Los resultados de estos estudios serán publicados en el informe anual de la Comisión a que hace referencia el artículo 73 numeral 7 de la presente ley.

Art. 51.- Con fines de control social y de participación ciudadana, que permitan vigilar la gestión pública, a partir de la vigencia de la presente ley, las alcal-

días municipales y distritales y las oficinas o secciones de compras de las gobernaciones y demás dependencias estatales, estarán obligadas a publicar en sitio visible de las dependencias de la respectiva entidad, una vez al mes, en lenguaje sencillo y asequible al ciudadano común, una relación singularizada de los bienes adquiridos y servicios contratados, el objeto y el valor de los mismos, su destino y el nombre del adjudicatario, así como las licitaciones declaradas desiertas.

Parágrafo.- A nivel municipal, el personero municipal vigilará el cumplimiento de esta norma. A nivel departamental y nacional lo hará la Procuraduría General de la Nación.

V. ASPECTOS INSTITUCIONALES Y PEDAGÓGICOS

A. JUNTAS DIRECTIVAS

Art. 52.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 292 de la Constitución Política, ni los diputados, ni los concejales, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, ni sus delegados, podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

Conforme al artículo 292 de la Constitución Política, no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

B. SISTEMA DE QUEJAS Y RECLAMOS

Art. 53.- En toda entidad pública, deberá existir una dependencia encargada de recibir, tramitar y resolver las quejas y reclamos que los ciudadanos formulen, y que se relacionen con el cumplimiento de la misión de la entidad.

La oficina de control interno, deberá vigilar que la atención se preste de acuerdo con las normas legales vigentes y rendirá a la administración de la entidad un informe semestral sobre el particular.

Las entidades territoriales dispondrán lo necesario para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo.

Art. 54.- Las dependencias a que hace referencia el artículo anterior que reciban las quejas y reclamos deberán informar periódicamente al jefe o director de la entidad sobre el desempeño de sus funciones, los cuales deberán incluir:

1. Servicios sobre los que se presente el mayor número de quejas y reclamos, y

2. Principales recomendaciones sugeridas por los particulares que tengan por objeto mejorar el servicio que preste la entidad, racionalizar el empleo de los recursos disponibles y hacer más participativa la gestión pública.

Art. 55.- Las quejas y reclamos se resolverán o contestarán siguiendo los principios, términos y procedimientos dispuestos en el Código Contencioso Adminis-

trativo para el ejercicio del derecho de petición, según se trate del interés particular o general y su incumplimiento dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en el mismo.

C. INFORMACIÓN SOBRE LA GESTIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Art. 56.- Dentro de los dos (2) primeros meses de cada vigencia fiscal, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, directores de unidades administrativas especiales y los directores, gerentes o presidentes de las entidades descentralizadas de las órdenes nacional, regional, departamental, distrital, provincial, metropolitana y municipal, deberán presentar a la Comisión Nacional para la Moralización y a la Comisión ciudadana de Lucha contra la Corrupción, un informe sobre los proyectos y acciones que vaya a ejecutar la correspondiente entidad durante dicha vigencia, de acuerdo con la metodología y reglas que defina el Gobierno Nacional.

Las comisiones informarán a la opinión pública sobre el contenido de los informes presentados por los diferentes organismos y entidades.

Art. 57.- Los ciudadanos y sus organizaciones podrán ejercer control sobre el cumplimiento de dichos informes a través de los mecanismos previstos por la Constitución Política y la ley.

Art. 58.- Todo ciudadano tiene derecho a estar informado periódicamente acerca de las actividades que desarrollen las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas o administren recursos del Estado.

Art. 59.- Como apéndice del Diario Oficial créase el Diario Unico de Contratación Pública, el cual será elaborado y distribuido por la Imprenta Nacional.

El Diario Único de Contratación Pública contendrá información sobre los contratos que celebren las entidades públicas del orden nacional. En él se señalarán los contratantes, el objeto, el valor y los valores unitarios si hubiesen, el plazo y los adicionales o modificaciones de cada uno de los contratos, y se editará de tal manera que permita establecer parámetros de comparación de acuerdo con los costos, con el plazo, con la clase, de forma que se identifiquen las diferencias apreciables con que contrata la administración pública evaluando su eficiencia.

Parágrafo.- A partir de la vigencia de esta ley, los contratos a que se refiere este artículo deberán ser publicados dentro de los tres (3) meses siguientes al pago de los derechos de publicación en el Diario Oficial.

Art. 60.- Será requisito indispensable para la legalización de los contratos de que trata el artículo anterior la publicación en el Diario Unico de Contratación Pública, requisito que se entenderá cumplido con la presentación del recibo de pago por parte del contratista o de la parte obligada contractualmente para tal efecto.

Parágrafo primero.- El Gobierno Nacional expedirá dentro de los tres meses siguientes a la promulgación de la presente ley, la reglamentación sobre la publi-

cación, costo, forma de pago, y demás operaciones administrativas necesarias para el cumplimiento de este requisito. Y será responsable de que su edición se haga de tal forma que permita establecer indicadores y parámetros de comparación en la contratación pública.

Parágrafo segundo.- Entre la fecha del pago a que se refiere este artículo y la publicación de la información relacionada con el contrato respectivo en el Diario Unico de Contratación Pública, no podrán transcurrir más de dos meses.

Art. 61.- Mensualmente las entidades públicas de todos los órdenes enviarán a la Imprenta Nacional una relación de los contratos celebrados que superen el 50% de su menor cuantía en la cual deberán detallarse las personas contratantes, el objeto, el valor total y los costos unitarios, el plazo, los adicionales y modificaciones que hubiesen celebrado, el interventor y toda información necesaria a fin de comparar y evaluar dicha contratación.

Art. 62.- El incumplimiento de lo ordenado en el artículo anterior será causal de mala conducta para el representante legal de cada entidad y dará lugar a su destitución.

D. ASPECTOS PEDAGÓGICOS

Art. 63.- El Ministerio de Educación Nacional regulará el contenido curricular en los diversos niveles de educación, de tal manera que se dé instrucción sobre lo dispuesto en la presente ley, haciendo énfasis en los deberes y derechos ciudadanos, la organización del Estado colombiano y las responsabilidades de los servidores públicos.

Art. 64.- Todas las entidades públicas tendrán un programa de inducción para el personal que ingrese a la entidad, y uno de actualización cada dos años, que contemplarán -entre otros- las normas sobre inhabilidades, incompatibilidades, las normas que riñen con la moral administrativa, y en especial los aspectos contenidos en esta ley.

La Escuela Superior de Administración Pública regulará el contenido curricular, preparará el respectivo material didáctico y ofrecerá a las diversas entidades públicas los cursos y programas dispuestos en este artículo.

En todos los casos los servidores públicos deberán tomar los cursos y programas previstos en este artículo.

Art. 65.- El Gobierno Nacional deberá adelantar periódicamente campañas masivas de difusión en materia de responsabilidad de los servidores públicos, deberes y derechos ciudadanos, delitos contra la Administración Pública y mecanismos de fiscalización y control ciudadano a la gestión pública, sin perjuicio de los cursos alternos que sobre el particular se encomienden a instituciones privadas.

El Ministerio de Gobierno, en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones adelantará campañas publicitarias y de toda índole, tendientes a fomentar la

moralización administrativa, a prevenir y combatir todos los actos y hechos que atenten contra ella, así como a difundir el contenido, los objetivos y el cumplimiento de la presente ley y de las demás normas sobre la materia.

E. OTROS

Art. 66.- Los empleados y/o contratistas de la unidad de trabajo legislativo de las cámaras no podrán tener vínculos por matrimonio o unión permanente o de parentesco en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con cualquier congresista o funcionario administrativo que intervenga en su designación.

VI. COMISIÓN NACIONAL PARA LA MORALIZACIÓN Y COMISIÓN CIUDADANA PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Art. 67.- Créase la Comisión Nacional para la Moralización, como un organismo adscrito a la Presidencia de la República.

Art. 68.- La Comisión Nacional para la Moralización estará integrada por:

1. El Presidente de la República.
2. El Ministro de Gobierno.
3. El Ministro de Justicia y del Derecho.
4. El Procurador General de la Nación.
5. El Contralor General de la República.
6. El Presidente del Senado.
7. El Presidente de la Cámara de Representantes.
8. El Fiscal General de la Nación.
9. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y
10. El Defensor del Pueblo.

Art. 69.- La presidencia de la Comisión Nacional para la Moralización corresponderá al Presidente de la República.

Art. 70.- Son funciones de la Comisión Nacional para la Moralización:

1. Colaborar con los organismos de control para la vigilancia de la gestión pública nacional.

2. Establecer las prioridades para afrontar las situaciones que atenten o lesionen la moralidad en la Administración Pública.

3. Adoptar una estrategia anual que propenda a la transparencia, eficiencia y demás principios que deben regir la Administración Pública.

4. Velar por la adecuada coordinación de los organismos estatales en la ejecución de las políticas, planes y programas en materia de moralidad de la Administración Pública y supervigilar su cumplimiento.

5. Efectuar el seguimiento y evaluación periódica de las políticas, planes y programas en materia de moralización de la Administración Pública, que se pongan en marcha y formular las recomendaciones a que haya lugar.

6. Promover y coordinar intercambios de información, entre las entidades de control de la gestión pública.

7. Coordinar la ejecución de políticas que permitan la eficaz participación ciudadana en el control de la gestión pública, y

8. Dar cumplimiento al artículo 56 de la presente ley.

Art. 71.- Créase la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, la cual estará integrada por siete (7) comisiones, quienes tendrán el carácter de servidores públicos y serán designados por el Presidente de la República, por un período fijo de cuatro (4) años. Todo ciudadano que cumpla con los requisitos legales, tiene derecho a presentar su nombre como candidato a la Comisión.

Art. 72.- Son requisitos para ser miembro de la Comisión Ciudadana de Lucha contra la Corrupción:

1. Ser ciudadano colombiano en ejercicio.

2. No haber sido condenado por delito o contravención dolosos, y

3. No ser servidor público, ni tener vínculo contractual con el Estado.

Parágrafo.- Para la designación de los miembros de la Comisión Ciudadana de Lucha contra la Corrupción, el Presidente de la República deberá tener en cuenta una adecuada y equitativa distribución de carácter regional.

Art. 73.- Son funciones y facultades de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción:

1. Examinar y aconsejar a las entidades públicas y privadas sobre las fuentes de corrupción que están facilitando sus propios sistemas y recomendar formas para combatirlas.

2. Proponer e impulsar la ejecución de políticas en materia educativa para promover el espíritu cívico, los valores y principios de convivencia ciudadana y el respeto hacia el interés público, así como prevenir los efectos dañinos de la corrupción y la necesidad de respaldo público para combatirla.

3. Realizar audiencias públicas para analizar situaciones de corrupción administrativa y formular las recomendaciones pertinentes.

4. Presentar anualmente un informe en el cual se especifiquen los principales factores de la corrupción administrativa, señalando los fenómenos más comunes de ella.

5. Realizar encuestas periódicas tendientes a determinar las causas de la corrupción administrativa y judicial y vigilar que los resultados de ellas sirvan como instrumento para dar soluciones prontas y reales.

6. Recibir las quejas sobre corrupción que ante ella se presenten y formular las correspondientes denuncias penales y administrativas cuando a ello hubiere lugar, sin perjuicio del deber de denuncia que asiste a los ciudadanos.

7. Realizar una publicación anual con los resultados de su gestión y con los informes de que trata la presente ley.

8. Vigilar que el proceso de contratación se realice de acuerdo con los criterios legales vigentes, dando prioridad la contratación con las organizaciones sociales y comunitarias.

9. Vigilar y fiscalizar la ejecución y calidad técnica de las obras, programas e inversiones en el correspondiente nivel territorial.

10. Recibir los informes, observaciones y sugerencias que presenten los ciudadanos y sus organizaciones y remitirlos a las entidades competentes para su atención.

11. Solicitar a interventores, supervisores, contratistas, autoridades oficiales contratantes, y demás autoridades concernidas, los informes verbales o escritos que permitan conocer el cumplimiento de los respectivos programas, contratos o proyectos.

12. Denunciar ante las autoridades competentes los hechos o actuaciones irregulares de los servicios públicos de que tengan conocimiento en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 92 de la Constitución Política.

13. Velar porque la administración mantenga actualizado el inventario y propiedad de bienes muebles e inmuebles pertenecientes a las diversas entidades, así como por su adecuada utilización.

14. Dar cumplimiento al artículo 56 de la presente ley, y

15. En general, velar por el cumplimiento de la presente ley.

Art. 74.- Para facilitar el cumplimiento de las funciones de la Comisión Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, Créase una secretaría técnica, encargada de apoyarla operativa y administrativamente.

Art. 75.- Para la financiación de las actividades de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, y su secretaría técnica se creará una partida en el presupuesto del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Para tal efecto, el Ministerio de Justicia y del Derecho presentará el proyecto de costos.

VII. DE LA INTERVENCIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Art. 76.- Las investigaciones que sobre los actos de las autoridades públicas adelanten los periodistas y los medios de comunicación en general, son manifestación de la función social que cumple la libertad de expresión e información y recibirán protección y apoyo por parte de todos los servidores públicos, y deberán ser ejercidas con la mayor responsabilidad y con el mayor respeto por los derechos fundamentales al debido proceso, honra y buen nombre. Su incumplimiento dará lugar a las acciones correspondientes.

Art. 77.- Los periodistas tendrán acceso garantizado al conocimiento de los documentos, actos administrativos y demás elementos ilustrativos de las motivaciones de la conducta de las autoridades públicas sin restricciones diferentes a las expresamente consagradas en la ley.

Art. 78.- En las investigaciones penales la reserva de la instrucción no impedirá a los funcionarios competentes proporcionar a los medios de comunicación información sobre los siguientes aspectos:

Existencia de un proceso penal, el delito por el cual se investiga a las personas legalmente vinculadas al proceso, la entidad a la cual pertenecen las personas si fuere el caso y su nombre, siempre y cuando se haya dictado medida de aseguramiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372 del Código de Procedimiento Penal.

Si la medida de aseguramiento no se ha hecho efectiva, el funcionario podrá no hacer pública la información.

Art. 79.- Será causal de mala conducta el hecho de que un funcionario público obstaculice, retarde o niegue inmotivadamente el acceso de la ciudadanía, en general, y de los medios de comunicación, en particular, a los documentos que reposen en la dependencia a su cargo y cuya solicitud se haya presentado con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

La decisión de negar el acceso a los documentos públicos será siempre motivada, con base en la existencia de reserva legal o constitucional, o cuando exista norma especial que atribuya la facultad de informar a un funcionario de superior jerarquía.

Ninguna de las disposiciones consagradas en esta ley podrá utilizarse como medio para eximirse de las responsabilidades derivadas del periodismo.

VIII. DISPOSICIONES SOBRE REVISORES FISCALES.

Art. 80.- Los revisores fiscales de las personas jurídicas que sean contratista del Estado colombiano, ejercerán las siguientes funciones, sin perjuicio de las demás que les señalen las leyes o los estatutos:

1. Velar para que en la obtención o adjudicación de contratos por parte del Estado, las personas jurídicas objeto de su fiscalización, no efectúen pagos, desembolsos o retribuciones de ningún tipo en favor de funcionarios estatales.

2. Velar porque en los estados financieros de las personas jurídicas fiscalizadas, se reflejen fidedignamente los ingresos y costos del respectivo contrato.

3. Colaborar con los funcionarios estatales que ejerzan funciones de interventoría control o auditoría de los contratos celebrados, entregándoles los informes que sean pertinentes o los que les sean solicitados.

4. Las demás que les señalen las disposiciones legales sobre esta materia.

IX. DISPOSICIONES VARIAS

Art. 81.- *Garantías procesales.* La presente ley, o cualquiera otra de carácter penal, sustantivo o procesal de efectos sustantivos, no podrán aplicarse con retroactividad. Igualmente, las mismas normas no se aplicarán una vez producidos todos sus efectos. Se exceptúan de estas prescripciones las normas creadoras de situaciones de favorabilidad para el sindicado o procesado.

Nadie podrá ser condenado por juez o autoridad competente sin que exista en su contra plena prueba legal, regular y oportuna, de todos los elementos constitutivos del delito, infracción disciplinaria o contravencional y de la consecuente responsabilidad.

Toda duda, conforme al principio in dubio pro reo, debe resolverse por el juez o la autoridad competente a favor del sindicado o procesado.

En desarrollo de las actuaciones penales, disciplinarias y contravencionales, prevalece el principio de la presunción de inocencia. En consecuencia, en todo proceso penal, disciplinario o contravencional la carga de la prueba estará siempre a cargo del Estado, tanto en las etapas de indagación preliminar como en las del proceso.

En caso de existir imputado o imputados conocidos, de la iniciación de la investigación, se notificará a éste o éstos, para que ejerzan su derecho de defensa.

Art. 82.- *Control de legalidad de las medidas de aseguramiento y de decisiones relativas a la propiedad, tenencia o custodia de bienes.* Las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o por sus agentes una vez que se encuentren ejecutoriadas, podrán ser revisadas en su legalidad por el correspondiente juez de conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público. La presentación de la solicitud y su trámite, no suspenden el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.

Las decisiones que se tomen por la Fiscalía General de la Nación o por cualquier autoridad competente y que afecten la propiedad, posesión, tenencia o custodia de bienes muebles o inmuebles, podrán ser revisadas en su legalidad por el

correspondiente juez del conocimiento, a solicitud de parte, de terceros afectados o del Ministerio Público. Esta solicitud de revisión no suspende la diligencia ni el curso de la actuación procesal. Se exceptúan de la anterior disposición aquellos bienes que se encuentren fuera del comercio o que por su naturaleza deban ser destruidos.

Para que proceda el control de legalidad sobre las decisiones que se tomen mediante providencia por parte de la Fiscalía General de la Nación o de cualquier otra autoridad competente, a que se refiere el inciso anterior, será requisito que ella se encuentre ejecutoriada. Si se trata de una actuación que no se origina en una providencia, el control de legalidad podrá ejercer de inmediato.

Formulada la petición ante el Fiscal, éste remitirá copia del expediente al juez de conocimiento, previo el correspondiente sorteo. Si el juez encontrare infundada la solicitud desechará de plano. En caso contrario, la admitirá y correrá traslado común a los demás sujetos procesales por el término de cinco (5) días. Vencido el término anterior, el juez decidirá dentro de los cinco (5) días siguientes. Las decisiones que tome el juez en desarrollo del presente artículo, no admiten ningún recurso.

Art. 83.- De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que en el término de seis (6) meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, expida normas con fuerza de ley para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios, existentes en la administración pública. En ejercicio de dichas facultades no podrá modificar códigos, ni leyes estatutarias u orgánicas.

Los presidentes de las comisiones constitucionales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes designarán, cada una, dos de sus miembros que colaboren con el Gobierno para el ejercicio de las facultades a que se refiere este artículo.

Art. 84.- La Dirección General de Políticas Jurídicas y Desarrollo Legislativo del Ministerio de Justicia y del Derecho evaluará los efectos que resulten de la aplicación de la presente ley. Los resultados de dicha evaluación se consignarán en un informe que será presentado al Senado de la República y a la Cámara de Representantes dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la vigencia de esta ley.

Art. 85.- La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y ejecútese

ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS

- A -

ABANDONO DEL CARGO
concurso de tipos penales: pág. 590;
conducta: pág. 578;
objetos: pág. 578;
punibilidad: pág. 591;
sujetos: pág. 575;
tentativa: pág. 589

ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO O INJUSTO
antecedentes legislativos: pág. 487;
concurso de personas: pág. 492;
concurso de tipos penales: págs. 490. 506;
conducta: pág. 494;
elementos genéricos del tipo: pág. 493;
naturaleza jurídica: pág. 489;
objeto jurídico: pág. 494;
objeto material: pág. 494;
punibilidad: pág. 507;
reglamentación: pág. 487;
sujetos: pág. 493;
tentativa: pág. 505

ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA
antecedentes legislativos: pág. 653;
concurso de tipos penales: pág. 659;
conducta: pág. 655;
elemento genérico descriptivo: pág. 658;
objeto jurídico: pág. 655;
objeto material: pág. 655;
punibilidad: pág. 660;
regulación normativa: pág. 653;
sujetos: pág. 654;
tentativa: pág. 659

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
concepto: pág. 11;
contenido del concepto: pág. 14;
protección jurídico penal: pág. 17

ASESORAMIENTO ILEGAL
antecedentes legislativos: pág. 593;
circunstancia específica de agravación punitiva: pág. 602;
concurso de tipos penales: pág. 603;
conducta: pág. 597;
elemento descriptivo modal del tipo: pág. 600;
formas imperfectas: pág. 603;
objeto jurídico: pág. 597;
objeto material: pág. 597;
sujetos: pág. 594;
verbos rectores: pág. 598

- B -

BANCO DE LA REPÚBLICA
naturaleza de sus funcionarios y trabajadores: pág. 40

BIENES
sobre los cuales puede recaer el delito de peculado: págs. 58 y ss.

BIENES Y FONDOS PARAFISCALES
naturaleza de las personas que los administran: pág. 43

- C -

CAPACIDAD PARA CONTRATAR CON EL ESTADO
limitaciones: pág. 320;

reglamentación de las inhabilidades e incompatibilidades: pág. 323

CARACTERIZACIÓN
de la concusión: pág. 228;
de la omisión de apoyo: pág. 631;
del cohecho: pág. 272;
del cohecho aparente: pág. 302;
del peculado por extensión: pág. 183;
del prevaricato por omisión: pág. 460

CATEGORÍAS DE SERVIDORES PÚBLICOS
funcionarios y empleados públicos: pág. 32;
funcionarios y trabajadores del Banco de la República: pág. 40;
integrantes de la Comisión Nacional ciudadana para la lucha contra la corrupción: pág. 42;
miembros de corporaciones públicas: pág. 35;
miembros de la fuerza pública: pág. 36;
personas que administran bienes o fondos parafiscales: pág. 43;
trabajadores oficiales: pág. 33

CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS
antecedentes legislativos: pág. 313;
conducta: pág. 326;
contratación administrativa: pág. 315;
contrato sin cumplimiento de requisitos legales: pág. 334;
elementos específicos del tipo: pág. 329;
elementos genéricos del tipo: pág. 325;
interés ilícito en la celebración de contratos: pág. 330;
objetos: pág. 326;
reglamentación legal: pág. 324;
sujetos: pág. 325;
violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades: pág. 324

CLASES
de cohecho: pág. 274

CLASIFICACIÓN
del documento. Sometido a reserva: pág. 536

COHECHO APARENTE
caracterización: pág. 302;
punibilidad: pág. 303

COHECHO IMPROPIO
conducta: pág. 298;
objeto jurídico: pág. 297;
objeto material: pág. 297;
posibilidad de tentativa: pág. 299;
sujetos: pág. 297

COHECHO POR DAR U OFRECER
conducta: pág. 307;
naturaleza jurídica: pág. 304;
objetos: pág. 306;
punibilidad: pág. 308;
sujetos: pág. 306;
tentativa: pág. 307

COHECHO PROPIO
concurso de personas: pág. 294;
elementos específicos: pág. 294;
elementos genéricos: pág. 278;
formas imperfectas: pág. 294;
objeto jurídico: pág. 279;
objeto material: pág. 280;
punibilidad: pág. 295;
sujetos: pág. 278

COMISIÓN NACIONAL CIUDADANA PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN
naturaleza de sus integrantes: pág. 42

CONCEPTO
de administración: pág. 11;
de delito de peculado: pág. 51;
de función pública: pág. 30;
de funcionarios de hecho: pág. 45;
de secreto: pág. 525;
de servidor público: pág. 31;
de violencia: pág. 675

CONCURSO DE PERSONAS
en el cohecho propio: pág. 294;
en la materialización del peculado por apropiación: pág. 97

CONCURSO DE TIPOS PENALES
con el abandono del cargo: pág. 590
con el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto: pág. 506, 490
con el abuso de función pública: pág. 659
con el asesoramiento ilegal: pág. 603
con el empleo ilegal de la fuerza pública: pág. 628
con el peculado por apropiación: pág. 91-97
con el peculado por error ajeno: pág. 139;
con el peculado por uso: pág. 121;
con la concusión: pág. 263
con el prevaricato por acción: pág. 449
con el prevaricato por omisión: pág. 471
con la revelación de secretos: pág. 551
con la omisión de apoyo: pág. 640
con la simulación de investidura o cargo: pág. 668
con la usurpación de funciones públicas: pág. 651
con la violencia contra servidor público: pág. 687

CONDUCTA
en el abandono del cargo: pág. 578
en el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto: pág. 494
en el abuso de función pública: pág. 655
en el asesoramiento ilegal: pág. 597
en el cohecho impropio: pág. 298;
en el cohecho por dar u ofrecer: pág. 307;
en el empleo ilegal de la fuerza pública: pág. 622
en el peculado por aplicación oficial diferente: pág. 147;
en el peculado por apropiación: pág. 85;
en el peculado por error ajeno: pág. 130;
en el peculado por extensión: pág. 193;
en el peculado por uso: pág. 114;
en el prevaricato por acción: pág. 448
en el prevaricato por omisión: pág. 458
en el tráfico de influencias: pág. 350
en la celebración indebida de contratos: pág. 326;
en la concusión: pág. 246, 256
en la intervención en política: pág. 612
en la omisión de apoyo: pág. 635
en el peculado: pág. 78
en la omisión de denuncia: pág. 515
en la perturbación de actos oficiales: pág. 690
en la revelación de secretos: pág. 539
en la simulación de investidura o cargo: pág. 665
en la usurpación de funciones públicas: pág. 649
en la utilización de asunto sometido a reserva: pág. 561
en la violencia contra servidor público: pág. 683

CONTENIDO
del concepto de administración pública: pág. 14;
del documento. Sometido a secreto: pág. 535;
del secreto: pág. 528

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
capacidad para contratar: pág. 320;
procedimiento: pág. 316;
razón de ser: pág. 315

CONTRATO(S)
sin cumplimiento de requisitos legales: pág. 334

- D -

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD Y OTRAS INFRACCIONES
abandono del cargo: págs. 575 y ss.;
asesoramiento ilegal: págs. 593 y ss.;
contenido general: pág. 481;
empleo ilegal de la fuerza pública: págs. 617 y ss.;
intervención en política: págs. 605 y ss.;
omisión de apoyo: págs. 630 y ss.;
omisión de denuncia: págs. 509 y ss.;
por acto arbitrario o injusto: págs. 487 y ss.;
revelación de secretos: págs. 524 y ss.;
utilización de asunto sometido a reserva: págs. 553 y ss.;

utilización indebida de información privilegiada: págs. 567 y ss.

DELITO DE COHECHO
aparente: págs. 300 y ss.;
caracterización: pág. 272;
clases: pág. 274;
impropio: págs. 296 y ss.;
por dar u ofrecer: págs. 304 y ss.;
propio: págs. 278 y ss.;
significado del término: pág. 271

DELITO DE CONCUSIÓN
antecedentes históricos: pág. 211;
caracterización del tipo: pág. 228;
concurso de tipos penales: pág. 263;
conducta: pág. 246;
elementos: págs. 230 y ss.;
explícita e implícita: pág. 219;
formas imperfectas: pág. 262;
objeto jurídico: pág. 245;
objeto material: pág. 245;
propia e impropia: pág. 218;
sentido etimológico: pág. 213;
sujetos: pág. 230

DELITO DE PECULADO
bienes objeto de: pág. 57;
concepto: pág. 51;
culposos: págs. 161 y ss.;
elementos genéricos estructurales: pág. 53;
objeto jurídico: pág. 56;
objeto material: pág. 57;
por aplicación oficial diferente: págs. 142 y ss.;
por apropiación: págs. 81 y ss.;
por error ajeno: págs. 125 y ss.;
por extensión: pág. 179;
por uso: págs. 108 y ss.;
reintegro: pág. 198;
sujeto activo: pág. 53;
sujeto pasivo: pág. 55;
y destinación indebida de recursos: págs. 203 y ss.

DELITO DE USURPACIÓN Y ABUSO DE FUNCIONES PÚBLICAS
abuso de función pública: págs. 653 y ss.;
simulación de investidura o cargo: págs. 662 y ss.;
usurpación de funciones públicas: págs. 646 y ss.

DELITO DE PREVARICATO
por acción: págs. 396 y ss.;
por asesoramiento ilegal: pág. 475;
por omisión: págs. 455 y ss.

DELITO PLURISUBJETIVO
noción: pág. 272

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
abandono del cargo: págs. 575 y ss.;
abuso de autoridad: págs. 487 y ss.;
asesoramiento ilegal: págs. 593 y ss.;
bien jurídico tutelado: pág. 11;
celebración indebida de contratos: págs. 313 y ss.;
cohecho: págs. 271 y ss.;
concusión: págs. 211 y ss.;
destinación indebida de recursos: págs. 203 y ss.;
empleo ilegal de la fuerza pública: págs. 617 y ss.;
enriquecimiento ilícito: págs. 365 y ss.;
intervención en política: págs. 605 y ss.;
omisión de apoyo: págs. 630 y ss.;
omisión de denuncia: págs. 509 y ss.;
peculado: págs. 51 y ss.;
perturbación de actos oficiales: págs. 689 y ss.;
prevaricato: págs. 396 y ss.;
revelación de secretos: págs. 524 y ss.;
simulación de investidura o cargo: págs. 662 y ss.;
sujeto activo: pág. 30;
tráfico de influencias: págs. 339 y ss.;
usurpación y abuso de funciones públicas: págs. 643 y ss.;
violencia contra servidor público: págs. 680 y ss.

DELITOS CONTRA LOS SERVIDORES PÚBLICOS
antecedentes: pág. 673;
concepto de violencia: pág. 675;

perturbación de actos oficiales: págs. 689 y ss.:
violencia contra servidor público: págs. 680 y ss.

DESTINACIÓN INDEBIDA DE RECURSOS
antecedentes legislativos: pág. 203:
evaluación general del tipo penal: pág. 208:
objeto jurídico: pág. 206;
objeto material: pág. 207:
sujetos: pág. 205

DOCUMENTO
objeto de secreto: pág. 535

- E -

ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO
del tráfico de influencias: pág. 360:
en el empleo ilegal de la fuerza pública: pág. 624:
en el peculado por apropiación: pág. 89

ELEMENTOS
genéricos de la estructura del peculado: pág. 53

ELEMENTOS ESPECÍFICOS DEL TIPO
en el cohecho propio: pág. 294:
en el peculado por aplicación oficial diferente: pág. 157;
en el peculado por error ajeno: pág. 132:
en el peculado por uso: pág. 116:
en la celebración indebida de contratos: pág. 329:
en la concusión: pág. 258

ELEMENTOS GENÉRICOS DEL TIPO
de la concusión: pág. 230:
en el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto: pág. 493
en el abuso de función pública: pág. 654
en el cohecho propio: pág. 278;
en el peculado por aplicación oficial diferente: pág. 144;
en el peculado por apropiación: pág. 83;
en el peculado por error ajeno: pág. 127;
en el peculado por extensión: pág. 183;
en el peculado por uso: pág. 108;
en la celebración indebida de contratos: pág. 325
en la intervención en política: pág. 608

EMPLEADOS PÚBLICOS
naturaleza: pág. 32

EMPLEO ILEGAL DE LA FUERZA PÚBLICA
antecedentes legislativos: pág. 618;
concurso de tipos penales: pág. 628;
conducta: pág. 622;
elementos subjetivos del tipo: pág. 624;
hipótesis comportamentales: pág. 622;
objeto jurídico: pág. 620;
objeto material: pág. 621;
regulación normativa: pág. 617;
sujetos: pág. 620;
tentativa: pág. 627

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO
de particulares: págs. 378 y ss.;
derivado del secuestro: pág. 388;
fundamento constitucional: pág. 365;
incremento patrimonial injustificado: pág. 369:
situación del tercero: pág. 375:
situación del testaferro: pág. 389;
sujeto activo calificado: servidor público: pág. 329;
variantes punitivas: pág. 377

ETAPAS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
de celebración: pág. 318;
de ejecución: pág. 319;
de liquidación: pág. 319;
de preparación: pág. 316

- F -

FORMAS IMPERFECTAS
de asesoramiento ilegal: pág. 603
de cohecho propio: pág. 294;
de intervención en política: pág. 612
de peculado por apropiación: pág. 98;

de peculado por uso: pág. 119;
en el peculado por error ajeno: pág. 138;
en la concusión: pág. 262;
en la revelación de secretos: pág. 550

FUNCIÓN PÚBLICA
concepto: pág. 30;
ejercida por particulares: pág. 37

FUNCIONARIO DE DERECHO
servidor público: págs. 30 y ss.

FUNCIONARIO DE HECHO
concepto: pág. 45;
diferencias con el usurpador: pág. 46

FUNCIONARIOS
de derecho: pág. 30;
de hecho: pág. 45

FUNCIONARIOS PÚBLICOS
naturaleza: pág. 32

- I -

INCOMPATIBILIDADES
en la contratación estatal: pág. 322;
reglamentación: pág. 323;
violación del régimen legal de: pág. 324

INHABILIDADES
en la contratación estatal: pág. 320;
reglamentación: pág. 323;
violación del régimen legal de: pág. 324

INTERES ILÍCITO
en la celebración de contratos: pág. 330

INTERVENCIÓN EN POLÍTICA
antecedentes legislativos: pág. 605;
conducta: pág. 612;
formas imperfectas: pág. 612;
objeto jurídico: pág. 609;
objeto material: pág. 610;
sujetos: pág. 608

- L -

LICITACIÓN O CONCURSO
en la contratación administrativa: pág. 318

LIMITACIONES
a la capacidad contractual. Estatal: pág. 320

LÍMITES
de la protección estatal del secreto: pág. 528

- M -

MIEMBROS DE CORPORACIONES PÚBLICAS
naturaleza: pág. 35

MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA
naturaleza: pág. 36

- N -

NATURALEZA JURÍDICA
del acto arbitrario o injusto: pág. 489;
del cohecho por dar u ofrecer: pág. 304

- O -

OBJETO JURÍDICO
de la concusión: pág. 245;
de la destinación indebida de recursos: pág. 206;
de la intervención en política: pág. 609
de la omisión de apoyo: pág. 634
de la omisión de denuncia: pág. 514
de la revelación de secretos: pág. 533
de la simulación de investidura o cargo: pág. 663
de la usurpación de funciones públicas: pág. 647
de la utilización de asunto sometido a reserva: pág. 556
de la violencia contra servidor público: pág. 682
del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto: pág. 494
del abuso de función pública: pág. 655
del asesoramiento ilegal: pág. 597
del cohecho impropio: pág. 297;
del cohecho por dar u ofrecer: pág. 268;
del cohecho propio: pág. 279;

del empleo ilegal de la fuerza pública: pág. 620
del prevaricato por acción: pág. 400
del tráfico de influencias: pág. 347
en el peculado: pág. 56;
en el peculado culposo: pág. 162;
en el peculado por aplicación oficial diferente: pág. 144;
en el peculado por apropiación: pág. 84;
en el peculado por error ajeno: pág. 128;
en el peculado por extensión: pág. 185;
en el peculado por uso: pág. 109;

OBJETO MATERIAL
de la concusión: pág. 245;
de la destinación indebida de recursos: pág. 207;
de la intervención en política: pág. 610
de la omisión de apoyo: pág. 635
de la omisión de denuncia: pág. 515
de la revelación de secretos: pág. 534
de la simulación de investidura o cargo: pág. 663
de la usurpación de funciones públicas: pág. 648
de la utilización de asunto sometido a reserva: pág. 556
de la violencia contra servidor público: pág. 683
del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto: pág. 494
del abuso de función pública: pág. 655
del asesoramiento ilegal: pág. 597
del cohecho impropio: pág. 297;
del cohecho propio: pág. 280;
del empleo ilegal de la fuerza pública: pág. 621
del prevaricato por acción: pág. 402
del tráfico de influencias: pág. 349
en el peculado: pág. 57;
en el peculado culposo: pág. 167;
en el peculado por aplicación oficial diferente: pág. 145;
en el peculado por apropiación: pág. 85;
en el peculado por error ajeno: pág. 129;
en el peculado por extensión: pág. 188;
en la perturbación de actos oficiales: pág. 689
en el peculado por uso: pág. 109;

OBLIGACIÓN ESTATAL
de proteger el secreto: pág. 526

OMISIÓN DE APOYO
antecedentes legales: pág. 630;
caracterización: pág. 631;
concurso de tipos: pág. 640;
conducta: pág. 635;
objeto jurídico: pág. 634;
objeto material: pág. 635;
reglamentación normativa: pág. 630;
sujetos: pág. 632;
tentativa: pág. 640

OMISIÓN DE DENUNCIA
antecedentes legislativos: pág. 509;
conducta: pág. 515;
objeto jurídico: pág. 514;
objeto material: pág. 515;
punibilidad: pág. 523;
razón de la acriminación: pág. 511;
sujetos: pág. 513

ORIGEN
del secreto: pág. 526

- P -

PARTICULARES
como sujetos activos de los delitos contra la administración pública: pág. 21;
enriquecimiento ilícito de: págs. 378 y ss.;
que ejercen funciones públicas: pág. 37

PECULADO CULPOSO
alcance del artículo 137 del Código Penal: pág. 176;
dispositivos amplificadores del tipo: pág. 174;
objeto jurídico: pág. 162;
objeto material: pág. 167;
sujetos: pág. 162

PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE
conducta: pág. 147;

denominación y contenido: pág. 142;
dispositivos amplificadores del tipo: pág. 158;
elementos específicos del tipo: pág. 157;
elementos genéricos del tipo: pág. 144;
evaluación de la conducta acriminada: despenalización: pág. 159;
objeto jurídico: pág. 144;
objeto material: pág. 145;
sujetos: pág. 144

PECULADO POR APROPIACIÓN
concurso de personas en la materialización del delito: pág. 97;
concurso de tipos penales: pág. 92;
conducta: pág. 85;
elementos genéricos del tipo: pág. 83;
elemento subjetivo del tipo: pág. 89;
evolución legislativa: pág. 81;
formas imperfectas: pág. 98;
objetos: págs. 84;
punibilidad: pág. 99;
sujetos: pág. 83
verbo rector: pág. 86

PECULADO POR ERROR AJENO
antecedentes legislativos: pág. 125;
concurso de tipos penales: pág. 139;
conducta: pág. 130;
elementos específicos del tipo: pág. 132;
elementos genéricos del tipo: pág. 127;
formas imperfectas: pág. 138;
objeto jurídico: pág. 128;
objeto material: pág. 129;
punibilidad: pág. 141;
sujetos: pág. 127

PECULADO POR EXTENSIÓN
antecedentes legislativos: pág. 179;
caracterización: 183;
conducta: pág. 193;
elementos genéricos del tipo: pág. 183;
evaluación general del tipo: pág. 194;
objeto jurídico: pág. 185;
objeto material: pág. 188;
sujetos: págs. 183;

PECULADO POR USO
concurso de tipos penales: pág. 121;
conducta: pág. 114;
elementos específicos del tipo: pág. 116;
elementos genéricos del tipo: pág. 108;
formas imperfectas: pág. 119;
naturaleza del uso indebido: pág. 117;
objetos: págs. 109;
punibilidad: pág. 124
sujetos: pág. 108

PERJUICIO
en el peculado: pág. 79

PERSONAS QUE ADMINISTRAN BIENES O FONDOS PARAFISCALES
naturaleza: pág. 43

PERTURBACIÓN DE ACTOS OFICIALES
conducta: pág. 690;
elemento descriptivo de carácter modal: pág. 692;
objeto material: pág. 689

PLIEGO DE CONDICIONES
en la contratación administrativa: pág. 317

PREVARICATO POR ACCIÓN
concurso de tipos penales: pág. 449;
conducta: pág. 448;
objeto jurídico: pág. 400;
objeto material: pág. 402;
sujetos: pág. 396

PREVARICATO POR ASESORAMIENTO ILEGAL
imagen rectora: 477;
razón de la acriminación: pág. 475

PREVARICATO POR OMISIÓN
caracterización: pág. 460;
concurso de tipos penales: pág. 471;
conducta objetiva. Núcleo del tipo alternativo: pág. 458;
fundamento constitucional: pág. 457;
razón de la acriminación: pág. 455;
tentativa: pág. 471
imagen rectora: 457

PROCEDIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
etapa de celebración: pág. 318;
etapa de ejecución: pág. 319;
etapa de liquidación: pág. 319;
etapa de preparación: pág. 316;
licitación o concurso: pág. 318;
pliego de condiciones: pág. 317;
registro de proponentes: pág. 316

PROTECCIÓN
del secreto. Obligación estatal: pág. 526;
jurídico penal de la administración pública: pág. 17

PROVECHO
en el peculado por apropiación: pág. 91

PUNIBILIDAD
de la omisión de denuncia: pág. 523
del abandono del cargo: pág. 591
del abuso de función pública: pág. 660
del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto: pág. 507
del cohecho aparente: pág. 303;
del cohecho por dar u ofrecer: pág. 308;
del cohecho propio: pág. 295;
del enriquecimiento ilícito: pág. 377
del peculado por apropiación: pág. 99;
del peculado por error ajeno: pág. 141;
del peculado por uso: pág. 124

- R -

REGISTRO DE PROPONENTES
en la contratación administrativa: pág. 316

REINTEGRO
clases: págs. 198. 199
significado y alcances: págs. 201

REQUISITOS
del documento. Sometido a reserva: pág. 535

REVELACIÓN DE SECRETOS
antecedentes legislativos: pág. 524;
concurso de tipos: pág. 551;
conducta: pág. 539;
deber de reserva: pág. 547;
el documento: págs. 535 y ss.;
el secreto: págs. 525 y ss.;
elementos descriptivos modales: pág. 546;
formas imperfectas: pág. 549;
objeto jurídico: pág. 533;
objeto material: pág. 534;
sujetos: pág. 530;

- S -

SECRETO
concepto: pág. 525;
origen: pág. 526;
protección estatal: pág. 526

SECUESTRO
enriquecimiento ilícito derivado del: pág. 388

SERVIDOR PÚBLICO
concepto: pág. 31;
funcionarios y empleados públicos: pág. 32;
funcionarios y trabajadores del Banco de la República: 40
integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la lucha contra la corrupción: pág. 42;
miembros de corporaciones públicas: pág. 35;
miembros de la fuerza pública: pág. 37;
personas que administran bienes o fondos parafiscales: pág. 43;
trabajadores oficiales: pág. 33

SIMULACIÓN DE INVESTIDURA O CARGO
concurso de tipos penales: pág. 668;
conducta: pág. 665;
objeto jurídico: pág. 663;
objeto material: pág. 663;
sujetos: pág. 662;
tentativa: pág. 668

SUJETOS
de la destinación indebida de recursos: pág. 205;
en el abandono del cargo: pág. 575

en el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto: 493
en el abuso de función pública: pág. 654
en el asesoramiento ilegal: pág. 594
en el cohecho impropio: pág. 297;
en el cohecho por dar u ofrecer: pág. 306;
en el cohecho propio: pág. 278;
en el empleo ilegal de la fuerza pública: pág. 620
en el enriquecimiento ilícito: pág. 367
en el peculado culposo: pág. 162;
en el peculado por aplicación oficial diferente: pág. 144;
en el peculado por apropiación: pág. 83;
en el peculado por error ajeno: pág. 127;
en el peculado por extensión: págs. 183.
en el prevaricato por acción: pág. 396
en el tráfico de influencias: pág. 342
en la celebración indebida de contratos: pág. 325;
en la concusión: pág. 230
en la intervención en política: pág. 698
en la omisión de apoyo: pág. 632
en la omisión de denuncia: pág. 513
en la revelación de secretos: pág. 530
en la simulación de investidura o cargo: pág. 662
en la usurpación de funciones públicas: pág. 646
en la utilización de asunto sometido a reserva: pág. 555
en la violencia contra servidor público: pág. 681
en el peculado: pág. 53
en el peculado por uso: pág. 108

-T-

TENTATIVA

en el abandono del cargo: pág. 589;
en el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto: pág. 505;
en el abuso de función pública: pág. 659;
en el empleo ilegal de la fuerza pública: pág. 627;
en el prevaricato por omisión: pág. 471;
en la omisión de apoyo: pág. 640;
en la simulación de investidura o cargo: pág. 668;
en la usurpación de funciones públicas: pág. 651;
en la violencia contra servidor público: pág. 686

TESTAFERRATO

situación del. Frente al enriquecimiento ilícito: pág. 389

TIPOS PENALES

abusos de autoridad y otras infracciones:
abandono del cargo: págs. 575 y ss.
asesoramiento y otras actuaciones ilegales: págs. 593 y ss.
empleo ilegal de la fuerza pública: págs. 617 y ss.
generalidades: págs. 481 y ss.
intervención en política: págs. 605 y ss.
omisión de apoyo: págs. 630 y ss.
omisión de denuncia: págs. 509 y ss.
por acto arbitrario o injusto: págs. 487 y ss.
revelación de secretos: págs. 524 y ss.
utilización de asunto sometido a reserva: págs. 553 y ss.
celebración indebida de contratos: págs. 313 y ss.
concusión:
generalidades: págs. 211 y ss.
cohecho:
aparente: págs. 300-303
generalidades: págs. 271 y ss.
impropio: págs. 296 y ss.
por dar u ofrecer: págs. 304 y ss.
propio: págs. 278 y ss.
delitos contra los servidores públicos:
generalidades: 673 y ss.
perturbación de actos oficiales: págs. 689 y ss.
violencia contra servidor público: págs. 680 y ss.
delito de peculado:
generalidades: págs. 51 y ss.
por apropiación: págs. 81 y ss.
por uso: págs. 108 y ss.
por error ajeno: págs. 125 y ss.

por aplicación oficial diferente: págs. 142 y ss.
culposo: págs. 161 y ss.
por extensión: págs. 179 y ss.
instituto del reintegro: págs. 198-201
destinación indebida de recurso: 203 y ss.
enriquecimiento ilícito: págs. 365 y ss.
prevaricato:
por acción: págs. 396 y ss.
por asesoramiento ilegal: págs. 475, 477
por omisión: págs. 455 y ss.
tráfico de influencias: págs. 339 y ss.
usurpación y abuso de funciones públicas:
abuso de función pública: págs. 653 y ss.
generalidades: págs. 643-645
simulación de investidura o cargo: págs. 662 y ss.
usurpación de funciones públicas: págs. 646 y ss.

TRÁFICO DE INFLUENCIAS
antecedentes: pág. 339;
conducta: pág. 350;
elementos genéricos del tipo: pág. 342;
elementos subjetivos del tipo: pág. 360;
evaluación general de la figura: pág. 363;
objeto jurídico: pág. 347;
objeto material: pág. 349;
sujetos: pág. 342

TRABAJADORES PÚBLICOS
naturaleza: pág. 33

-U-

USO INDEBIDO
naturaleza: pág. 117

USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS
antecedentes: pág. 573;
concurso de tipos: pág. 651;
conducta: pág. 649;
objeto jurídico: pág. 647;
objeto material: pág. 648;
razón de la acriminación: pág. 643;
reglamentación legal: pág. 646;
sujetos: pág. 646;
tentativa: pág. 651

USURPADOR
diferencias con el funcionario de hecho: pág. 46

UTILIZACIÓN DE ASUNTO SOMETIDO A RESERVA
antecedentes legislativos: pág. 553;
conducta: pág. 561;
objeto jurídico: pág. 556;
objeto material: pág. 556;
sujetos: pág. 555

UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA
caracterización: pág. 568;
el carácter novedoso: pág. 569

-V-

VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO
concepto de violencia: pág. 675;
concurso de tipos penales: pág. 687;
conducta: pág. 683;
consagración normativa: pág. 680;
objeto jurídico: pág. 682;
objeto material: pág. 683;
sujetos: pág. 681;
tentativa: pág. 686