



FISCALÍA

GENERAL DE LA NACIÓN

DE LA GENTE, POR LA GENTE, PARA LA GENTE



UNODC

Oficina de las Naciones Unidas
contra la Droga y el Delito

Tipologías de **CORRUPCIÓN** en **COLOMBIA**

Fiscales Unidos por la Transparencia y la Integridad

Corrupción judicial

Tomo 7

**UNIDOS CONTRA
LA CORRUPCIÓN**



PARA EL DESARROLLO, LA PAZ Y LA SEGURIDAD

PRINCIPALES TIPOLOGÍAS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Bogotá
Noviembre 2018

Derechos reservados ©
Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y Fiscalía General de la Nación (FGN).

Las denominaciones empleadas en este documento y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene, no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto del trazado de sus fronteras o límites.

La información sobre los localizadores uniformes de recursos y enlaces a sitios de Internet contenidos en el documento se consigna para facilitar la consulta y es exacta al tiempo de la elaboración. Las Naciones Unidas no asumen ninguna responsabilidad por la exactitud de dicha información en el futuro ni por el contenido de sitios web externos.

Los puntos de vista y opiniones de los autores expresados en este documento no representan ni reflejan necesariamente las de las Naciones Unidas o de la UNODC, y no serán utilizados con fines publicitarios o de patrocinio de personas o productos.

La información que se relaciona a continuación es confidencial, está sujeta a reserva hasta que las partes realicen acuerdos explícitos sobre aquello que se hace público y la manera de hacerlo.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Documento elaborado en el marco del Acuerdo entre las Naciones Unidas, representadas por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y la Fiscalía General de la Nación (FGN).



PRINCIPALES TIPOLOGÍAS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Fiscalía General de la Nación

Néstor Humberto Martínez Neira
Fiscal General de la Nación

Eduardo Charry Gutiérrez
Director de Altos Estudios

José Alberto Salas Sánchez
Director Especializado contra la Corrupción

Álvaro Osorio Chacón
Director Nacional de Articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas

Daniela Andrea Suárez Naranjo
Profesional de la Dirección de Altos Estudios

Revisión y Comentarios

Andrés Felipe Vásquez Umaña
Profesional Especializado de la Dirección Especializada contra la Corrupción

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

Bo Mathiasen
Representante

David Álamos Martínez
Jefe de Área de Prevención del Delito y Justicia (PROJUST)

Diego Quintero Martínez
Coordinador de Prevención del Delito y Justicia (PROJUST)

Revisión

Anamaría Talero Pilonieta
Asesora Senior del Pilar Anticorrupción

María Carolina Garzón Sánchez
Asesora del Pilar Anticorrupción

Juan Carlos Lozano Giraldo
Asesor del Pilar Anticorrupción

Manuela Gómez González
Asistente Temática en Prevención y Lucha contra la Corrupción

Investigación, análisis y redacción

Juanita María Ospina Perdomo
Subdirectora de Análisis de Operaciones de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF)

ISBN Volumen: 978-958-5554-00-9
ISBN Obra Completa: 978-958-56795-4-2



Corrupción judicial

Este módulo tiene por objeto abordar el fenómeno de la corrupción judicial. Sin embargo, antes de comenzar a analizarlo es necesario realizar las siguientes precisiones iniciales:

- La corrupción judicial no se refiere de manera exclusiva al comportamiento de jueces y abogados. El fenómeno de corrupción judicial incluye los comportamientos de todos aquellos que intervienen en el proceso relacionado con el derecho a la justicia o de acceso a la administración de justicia.
- En este sentido, el análisis que se incluye a continuación no se restringe de manera exclusiva al tipo penal de prevaricato, sino que aborda problemáticas que parten desde la concepción misma de integridad y ética en la justicia. Así mismo, comprende el estudio de conductas que integran el bien jurídico de eficaz y recta impartición de justicia.

Así las cosas, al partir de la definición de corrupción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se tiene que “La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”¹.

La corrupción, definida como “el abuso del poder, cargo, o autoridad públicos para el beneficio privado, por medio del soborno, la extorsión, la venta de influencias, el nepotismo, el fraude, el tráfico de dinero y el desfalco”², es un fenómeno complejo y con impactos indiscutibles.



Como consecuencia, desde la década de los noventa, se han suscrito compromisos internacionales, y Colombia ha hecho parte de este esfuerzo global por atajar este fenómeno. El país se ha adherido a importantes convenciones: la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción (1997), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción – UNCAC (2005), y la Convención contra el Soborno Transnacional (2012).

A la par de la suscripción de estas disposiciones internacionales, se han promulgado leyes nacionales y se han desarrollado herramientas técnicas y de gestión para apoyar el avance en la materia.

Uno de los ámbitos en los cuales se ha estudiado la corrupción es en el sector justicia, y hoy en día se reconoce la importancia de prevenir y combatir este flagelo como uno de los medios para garantizar un efectivo Estado de Derecho.

Por corrupción judicial se entiende “toda aquella conducta del abogado, funcionario o empleado judicial, actor del sistema judicial que usa el poder encomendado para obtener un beneficio ilegítimo para una parte y/o para sí mismo y que incluye toda influencia inapropiada sobre la independencia e imparcialidad del proceso judicial o el apego a su misión y los oficios que le son encomendados”³.

Asimismo, “un sistema judicial independiente e imparcial es la plataforma que permite la ejecución efectiva de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC). Cuando no existe, puede que abogados, jueces y personal jurídico de escrupulosidad maleable ignoren o desestimen inapropiadamente los actos delictivos de corrupción. Los nombramientos, ascensos y procesos disciplinarios sesgados son señal de que el personal del sector justicia tal vez no esté bien preparado para manejar casos complejos, incluidos los que involucran corrupción. Las disposiciones singulares de la UNCAC con respecto a la cooperación internacional en una amplia gama de asuntos de aplicación de la ley dependen esencialmente de la existencia de sistemas judiciales transparentes y efectivos en los respectivos Estados”⁴.

La corrupción puede verse de muchas maneras en estrados judiciales. Prácticas como la solicitud y el pago de sobornos, la extorsión, el tráfico de influencias, el prevaricato y el nepotismo son las más comunes.

Es por esta razón que las estrategias anticorrupción no han sido ajenas al sector justicia. Estándares internacionales⁵ y buenas prácticas se implementan con relativo éxito en varias regiones del mundo, experiencias de las cuales es posible extraer lecciones y aprendizajes valiosos y aplicables al contexto colombiano.

Por lo general, se han contemplado y desarrollado medidas tendientes a promover la transparencia, la integridad y la rendición de cuentas judicial.

Nuevas tecnologías han entrado a fortalecer los sistemas de gestión de las cortes judiciales en asuntos relacionados, por ejemplo, con la asignación de casos, la determinación de fechas para las audiencias y otras diligencias. Así mismo, los programas de selección, capacitación y evaluación del desempeño de los jueces y otros empleados de la rama judicial han promulgado la integridad judicial como un propósito irrenunciable a través de la construcción y difusión de códigos de conducta y otros mecanismos disciplinarios.

Incluso, pese a las voces que defienden la independencia judicial como un principio absoluto, se han puesto en marcha mecanismos para incentivar la rendición de cuentas de la rama judicial y, cada vez más, se reclama el acceso a la información pública relacionada con “la planeación, ejecución, monitoreo y evaluación presupuestal del sector⁶. Por último, la acción de tutela por vías de hecho (mecanismos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales) se ha convertido también en una herramienta de control y lucha contra la corrupción.

En Colombia, en particular, se han identificado como factores de riesgo de corrupción judicial los siguientes⁷:

- Mecanismos disciplinarios poco rigurosos.
- Sueldos bajos para fiscales, funcionarios de policía judicial, jueces en todos sus niveles y personal de la Corte.
- Capacitación precaria (no solo desde la perspectiva del conocimiento sino en especial de la ética).
- Temor a represalias.
- Monitoreo inadecuado de los procedimientos administrativos de las Cortes.
- Falta de transparencia.
- Tolerancia social a la corrupción.
- Desconfianza en las instituciones.
- Congestión judicial.
- Inflación legislativa.

De igual manera, existe evidencia objetiva para afirmar que la corrupción y la impunidad son fenómenos interdependientes que hacen parte del mismo círculo vicioso. “Esa impunidad puede traducirse en un sentimiento social de inseguridad frente a la efectividad de la denuncia penal y también en la mala reputación del sistema judicial, que conduce a la ausencia de denuncias de hechos de este tipo, lo que, a su vez, favorece y permite la corrupción (...) La lentitud en la expedición de fallos judiciales, disciplinarios y fiscales en materia de corrupción termina afectando la imagen institucional de la justicia, la aplicación efectiva de las sanciones y por supuesto, el resarcimiento al detrimento patrimonial del Estado”⁸.

Por último, sin ser menos importante, conviene situar la reflexión en el momento histórico en que han surgido nuevos escenarios de administración de justicia como lo es la Jurisdicción Especial para la Paz, proceso en el cual se ha reafirmado el compromiso de las partes “con una fórmula de justicia que satisfaga los derechos de las víctimas y contribuya a la construcción de una paz estable y duradera”⁹.

Cabe mencionar que, en contextos de posconflicto, las oportunidades de corrupción aumentan dada la combinación de varios factores, entre ellos, la debilidad institucional y gubernamental, fragilidad social, vulnerabilidad y altos riesgos del incremento de la conflictividad social y la delincuencia, presión de la comunidad internacional-donantes para avanzar en los compromisos acordados y gestionar de manera eficiente y transparente los recursos de la ayuda internacional.

En este sentido, uno de los principales retos es desarrollar y ejecutar estándares para el sector público que refuercen su legitimidad, lo cual implica necesariamente la promoción de procesos de visibilidad, integridad, rendición de cuentas, control social, etc. Así mismo, otro reto que es necesario tener en cuenta es el fortalecimiento institucional para la investigación y la sanción de los casos de corrupción, pues la construcción de Estado bajo parámetros de posconflicto implica necesariamente mejorar la capacidad del Estado para actuar de manera independiente e imparcial, es decir, para impartir justicia.

En esta discusión la capacidad del Estado en el nivel subnacional es un aspecto relevante a considerar. En este escenario, la justicia juega un papel importante, ya que una justicia eficiente permite que exista un balance entre oportunidad, equidad y acceso. Con la ventaja de generar en la población una mayor percepción de confianza sobre las instituciones, una menor impunidad y la existencia de una base de mayor cultura de la legalidad. Para tal fin, es necesario garantizar un funcionamiento eficiente, transparente e íntegro de la rama judicial, lo que se traduce en, por un lado, una mejor capacitación para jueces fiscales y servidores acerca de los mecanismos de investigación y, por otro lado, un sistema de coordinación entre organismos de investigación, y de control y la rama judicial para investigar delitos de corrupción.

Para el desarrollo de este análisis, se parte de un estudio del delito de prevaricato (en sus diferentes modalidades), para luego exponer de manera general y esquemática los tipos penales contra la recta impartición de justicia, analizando el fenómeno de cooptación del Estado, y con la mención breve (para los tipos penales) de algunas de las tipologías que se han evidenciado.

1. Del análisis del delito de prevaricato (en sus diferentes modalidades)

El prevaricato se ha concebido como una conducta contra la administración pública que se asienta sobre la **violación al principio de legalidad (art. 6 Constitución Política de Colombia)**, entendido como la necesidad de que todos los actos de los empleados oficiales en el ejercicio de sus funciones correspondan a las normas jurídicas que regulan la expedición de ese acto¹⁰.

De acuerdo con Mario Mantilla Nougés:

“el prevaricato que en la acepción latina del vocablo el que anda con los pies torcidos, en su esencia radica que él 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**”.

Además, aunado a la consagración y protección del artículo 29 de la Carta Política (debido proceso), toda vez que:

“interesa a las instituciones estatales, a quienes son parte en el proceso y, en forma especial, a la sociedad quien de manera directa o indirecta es titular de algunos de los derechos vinculados a los resultados del respectivo trámite”¹¹.

Por ello debe hacerse hincapié en los mecanismos de control jurídico. En ello hay coincidencia en la doctrina, en especial con el Doctor Molina Arrubla quien afirma que “desde el momento mismo 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 sus funciones, esto es, actúa, pero lo hace de manera desviada, esto es, 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 que la primera forma de actuación patentiza lo que nuestro Código Penal califica de prevaricato por acción; la segunda variante comportamental, materializa



lo que el artículo 150 del mismo Código Penal denomina prevaricato por omisión”^{12:13}.

Como se mencionó, el **bien jurídico tutelado** que la prevaricación viola o pone en peligro con el delito es la **administración pública**¹⁴, así lo ha entendido la doctrina:

“La tipificación de las conductas de servidores públicos que expidieran resoluciones judiciales contrarias a la ley, tiene como finalidad la protección del bien jurídico de la administración pública, pero no entendido como entidad abstracta; por el contrario, lo que se persigue con la creación de estas figuras delictivas es ejercer un control sobre el ejercicio de las funciones atribuidas a los servidores públicos, con miras a proteger el interés que la comunidad social tiene en que los actos administrativos que les afecten, sean expedidos con sujeción a la normatividad vigente”¹⁵.

La antijuridicidad material consiste en la deformación de un instituto jurídico, así lo manifestó la Corte Suprema de Justicia:

“El prevaricato no contiene simplemente un supuesto de hecho de naturaleza descriptiva, si no que exige la necesidad de realizar un juicio de valor en lo relacionado con el componente típico de ser la resolución o dictamen manifestamente contrario a la ley que involucre al tiempo el concepto de dañosidad social de la conducta (...)”¹⁶”.

a) Elementos comunes al prevaricato



Son varios los elementos comunes que comparten los distintos tipos penales que integran este capítulo, a continuación, se abordan de manera general:

Sujeto activo cualificado

El prevaricato, en sus diferentes tipos penales requiere de un sujeto activo cualificado que debe ser un servidor público. Así, el sujeto activo es toda aquella persona que ejerce un tipo de función pública, sea este empleado o trabajador del Estado, o funcionario público u oficial, nombrado para el caso en la prestación de un servicio personal, con un vínculo de carácter legal y reglamentario, en consecuencia, un vínculo contractual¹⁷.

Para conocer el concepto administrativo y penal de servidor público en Colombia, revisar los videos contenidos en el módulo virtual No. 5 titulados:

- Video 5.0.1. Servidor público - Concepto administrativo (Camilo Cefina).
- Video 5.0.2. Servidor público en el derecho penal (Juanita Ospina).

Así mismo, se recomienda revisar el contenido del art. 123 de la Constitución y el art. 20 del Código Penal.

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de la conducta es el Estado, en tanto que sobre este recae la titularidad de la administración pública.

Sin embargo, como se indicó previamente y suele ocurrir con la mayoría de las conductas asociadas al fenómeno de la corrupción, se trata de un delito pluriofensivo, es decir, su comisión puede afectar bienes jurídicos adicionales. En este sentido, pueden verse afectados los derechos individuales de quienes intervienen en la actuación, proceso u otros en que se enmarca el prevaricato o, incluso, se podría afectar la eficaz y recta impartición de justicia cuando se genera en un contexto de esta naturaleza.

Otros elementos

Ahora bien, frente a **otros elementos de la conducta del prevaricato y la determinación de acción ilegal u omisión**, la jurisprudencia se ha manifestado en el siguiente sentido:

«Bajo el entendido de que cada caso tiene sus particularidades, la Sala ha resaltado que en los delitos por prevaricato, específicamente



en el ámbito judicial, es imperioso establecer, entre otras cosas: (i) la calidad de funcionario judicial que ostentaba el procesado, (ii) la realidad procesal bajo la que se emitió la decisión cuestionada o se omitió la actuación que se considera obligatoria, (iii) la demostración de la decisión o de la omisión en que incurrió el servidor público, (iv) sin perjuicio de la demostración del dolo y los demás elementos estructurales de la responsabilidad penal, o de los hechos que estructuran la hipótesis alternativa propuesta por la defensa. Igualmente, en esos eventos debe realizarse el respectivo juicio valorativo orientado a establecer por qué la decisión puede considerarse manifiestamente contraria a la ley (en los casos de prevaricato por acción) o por qué era obligatoria la actuación que se echa de menos (cuando se trata del delito de prevaricato por omisión)”¹⁸.

Ahora bien, en ambos casos en torno al elemento subjetivo se exige **una actuación dolosa** en tanto que en reiterada jurisprudencia se ha dicho que se requiere un incumplimiento voluntario de los deberes oficiales por parte del funcionario¹⁹. De manera particular al respecto, la jurisprudencia ha señalado:

“La tipificación legislativa del delito de prevaricato está referida a la emisión de una providencia manifiestamente contraria a la ley, circunstancia esta que constituye —ha dicho la jurisprudencia— la manifestación dolosa de la conducta en cuanto se es consciente de tal condición y se quiere su realización, afirmando, así mismo, que semejante contradicción debe surgir evidente, sin mayores elucubraciones”²⁰.

“El delito de prevaricato en sus modalidades por acción y por omisión solo admite el dolo como forma de imputación subjetiva o de culpabilidad, según la categoría delictiva dentro de la cual se lo ubique. Ello implica para el Estado tener que probar que el autor, al ejecutar la conducta, tenía conciencia de que realizaba el tipo objetivo, y que lo hizo en forma voluntaria. En el caso del prevaricato por acción, que era sabedor de que profería una decisión manifiestamente contraria a la ley, y en el prevaricato por omisión, que tenía conciencia de que se estaba sustrayendo del deber de actuar, estando en condiciones de realizar la conducta ordenada. (...) Frente a este concreto supuesto fáctico, la acreditación de la existencia de dolo imponía para el Tribunal tener que probar varias cosas: (i) que el procesado se encontraba en condiciones de realizar la conducta omitida, (ii) que voluntariamente decidió no actuar, (iii) que lo hizo con el propósito de que se cumplieran los presupuestos requeridos para poder ordenar la suspensión de las

investigaciones (el transcurso de 180 días), y (iv) que era sabedor de que su conducta contrariaba la ley y se adecuaba al tipo penal objetivo de prevaricato(...)21”.

Se requiere entonces de la conciencia por parte del servidor público de que actúa contra la ley y tener la voluntad bien de proferir la resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a ley, o de omitir, retardar, rehusar o denegar un acto propio de sus funciones.

La jurisprudencia en algunos casos ha admitido la procedencia del **dolo eventual**²² cuando el servidor público advierte como probable que se realizara el verbo rector respectivo de forma manifiestamente contraria a la ley, bien por entenderlo en términos positivos o bien por dudar si su conducta se avenía o no con el derecho, debido a que se apartaba de las reglas básicas constitutivas del deber que gobierna la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico y el Derecho, como también de las reglas jurídicas y de la experiencia sobre la valoración de las pruebas, dejando librada a la suerte la incursión o no en el tipo penal.

b) Modalidades de prevaricato

En el siguiente recuadro, se hace una breve presentación comparativa de los diferentes delitos que integran este capítulo.

Elementos que integran los tipos penales		
Delito / Elementos del delito	Prevaricato por Acción art.413 del C.P.	Prevaricato por Omisión art.414 del C.P.
Sujeto activo	Sujeto activo cualificado: Debe tratarse de servidor público ^{23/} que además tenga una relación funcional frente a lo que se omite o se realiza.	
Sujeto pasivo	El Estado como titular del bien jurídico administración pública.	
Verbo rector	<p>Proferir La pregunta por formular es entonces ¿Qué se entiende por proferir? Varias sentencias han abordado este análisis al haber descartado que supone la simple impresión sin firma, la notificación (efectos jurídicos no existencia jurídica), e incluso la firma (que excluiría los procesos verbales). Se habla de proferir en el momento que nace a la vida jurídica la resolución, dictamen o concepto.</p>	<p>Omitir; rehusar, retardar, denegar. Conducta de verbo rector plural alternativo. “De acuerdo con el diccionario de la lengua española, omitir es abstenerse de hacer una cosa, pasar en silencio una cosa; retardar es diferir, detener, entorpecer dilatar la ejecución de algo; rehusar es excusar, no querer o aceptar una cosa; denegar es no conceder lo que se pide o solicita”²⁵.</p> <p>En este sentido: Omitir – No se cumple el deber de acción.</p>

	<p>Vale la pena aclarar que en este sentido el prevaricato por acción constituye un tipo penal de mera conducta²⁴.</p>	<p>Rehusar– Se resiste a hacer lo que podía y debía hacer- niega su deber jurídico. Excusar, no querer o no aceptar una cosa.</p> <p>Retardar – No se cumple deber de acción en término establecido para ello (Aun lo podría hacer con posterioridad).</p> <p>Denegar– No conceder lo que se pide o solicita.</p> <p>Se consuma la conducta “en el instante en que el empleado público está obligado a ejecutar determinado acto propio de sus funciones y se abstiene de hacerlo”²⁶ al ser un delito de mera conducta pues el reproche penal recae sobre el Incumplimiento de funciones legales²⁷.</p>
<p>Ingredientes del tipo penal</p>	<p>Ingrediente descriptivo de modo: Para que la conducta sea reprochable penalmente, se exige que el proferir sea: “manifiestamente²⁸ contrario a la ley²⁹”³⁰.</p>	<p>Aun cuando no es un elemento que obre en la descripción típica, la jurisprudencia ha manifestado que para que se configure la conducta la omisión, el retardo, la denegación o la rehusada deben ser deliberadamente al margen de la ley (ingrediente descriptivo de modo)³¹.</p> <p>“(…) Evidentemente y como corresponde a la definición del tipo básico de prevaricato, omitir, retardar, rehusar o denegar, deben ser actos realizados deliberadamente al margen de la ley, esto es, con violación manifiesta de ella. Por tanto, la simple demostración objetiva de la adecuación aparente del hecho en alguno de los verbos que alternativamente configuran la ilicitud no es suficiente para pregonar su punibilidad”³².</p>
<p>Objeto</p>	<p>Comprende resoluciones, dictámenes o conceptos, es decir, abarca tanto decisiones judiciales como actos administrativos.</p> <p>Por Resolución debe entenderse cualquier determinación de orden jurídico que deba tomar el servidor público en ejercicio de sus funciones³³.</p> <p>El dictamen se refiere a la opinión que dentro de un contexto Administrativo o Judicial emite un servidor Público, respecto de un punto técnico que debe ser</p>	<p>Comprende lo que se omite, retarda, deniega o rehúsa. Es un acto propio de sus funciones³⁵.</p>

	<p>apreciado por quien toma la decisión.</p> <p>Por su parte el concepto es el pensamiento, idea, concepción que se tiene sobre un tema, la formación que se hace o se alberga en la mente sobre el punto³⁴.</p> <p>En ninguno de los casos expuestos se exige un carácter vinculante.</p>	
<p>Agravación</p>	<p>El art. 33 del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) consagró una causal de agravación punitiva para varios de los tipos penales consagrados en el Código Penal, siempre que la conducta se cometa por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado, caso en el cual la pena se aumenta de una sexta parte a la mitad. Dentro de las conductas que contienen este agravante se encuentra la del art. 413 y art. 414 del Código Penal (Prevaricato por acción o prevaricato por omisión, respectivamente).</p> <p>Así mismo, el art. 415 señala las siguientes circunstancias de agravación punitiva: <i>“Las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este Libro”.</i></p>	
<p>Elemento subjetivo</p>	<p>La conducta se configura únicamente en modalidad dolosa.</p>	

El prevaricato, en sus diferentes modalidades, suele estar presente en los eventos de corrupción judicial (sin que esta conducta se restrinja a este específico escenario).

La principal dificultad se centra en acreditar que se trata de una transgresión manifiestamente contraria a derecho (bien a título de acción o de omisión), en especial dada la variedad de interpretaciones que caben frente a la aplicación de las normas jurídicas correspondientes.

En sus diferentes formas, se suele identificar a través de:

- Omisión en el cumplimiento de las funciones, ausencia de garantía en la aplicación de la Ley.



- Mora o retrasos indebidos en la aplicación de la Ley (sustentado, aparentemente, en una situación de congestión).
- Priorización inadecuada en el trámite de las actuaciones a cargo (aparentemente existe una actividad del funcionario que le impide prestar atención a otros asuntos, sin embargo, obedece a una priorización intencionada ajena a la lógica o contexto propio actual, así como a la política criminal).
- Transgresiones al debido proceso. En este caso no suele surgir de manera evidente, sino que se trata de leves transgresiones que se simulan con otras actuaciones que parecen favorecer al afectado. A través de esta modalidad se impide el ejercicio adecuado de representación de los derechos y garantías de la persona afectada.
- Adopción de decisiones contrarias a derecho o a lo que se ha acreditado en los casos específicos.
- Decisiones con poco fundamento o sustento en contravía de la que se debió haber acogido.

Es necesario indicar que, en la mayoría de los casos, estos supuestos se encuentran antecedidos por otras conductas. Estas pueden ser: el cohecho en todas sus formas, la concusión en los casos en los que el funcionario abusa de su poder para hacer exigencias ilegales que luego se ven expresadas en decisiones o actuaciones prevaricadoras, el tráfico de influencias o, incluso, circunstancias propias de un conflicto de interés.

En la mayoría de los eventos se trata de grupos o redes al interior de la administración de justicia, en donde se cumplen funciones diversas que favorecen la comisión de la conducta. Algunos ejemplos de estos son: (i) repartos arreglados que aseguran el conocimiento de determinado funcionario, en algunos casos, acudiendo a recursos propios como falsedad en documentos; (ii) omisiones que individualmente parecieren carecer de trascendencia pero que, en conjunto, favorecen la conducta previamente arreglada o acordada; (iii) abogados que ejercen de manera intencional una representación indebida (puede concursar con el delito de infidelidad a los deberes profesionales) o que cometen errores que impiden la garantía de los derechos; (iv) pruebas previamente alteradas, acordadas, construidas o negociadas que permiten la acreditación de una determinada postura; (v) intervención innecesaria de factores políticos, mediáticos y sociales que ralentizan o modifican la dinámica propia de la actuación; (vi) inclusión de factores que hacen más compleja la dinámica (p. ej. a través de la incorporación de mayor número de personas,

ausencia de delimitación en el tiempo de las actuaciones, u otros que impiden -de manera intencional- el trámite ágil y eficaz de la actuación).

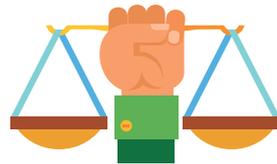
2. Del análisis de los delitos contra la recta impartición de justicia

2.1 De las falsas imputaciones ante las autoridades

Las autoridades actúan de conformidad con la información que llega a su conocimiento a través de los diferentes mecanismos dispuestos para ello (p. ej. denuncia, querrela, petición especial u oficio).

Por tratarse del primer acercamiento a un supuesto hecho que puede o no revestir las características de un delito, es fundamental contar con la información completa y adecuada, y por supuesto veraz, que oriente las subsiguientes actividades que se realicen por las autoridades correspondientes.

Es por ello, que los delitos que se integran en este primer capítulo resultan sustanciales a los fines propios de la administración de justicia.



Se analizan los elementos de los tipos penales de:

- Falsa denuncia.
- Falsa denuncia contra persona determinada.
- Falsa autoacusación.

En este caso las conductas que se suelen identificar, en relación con lo que corresponde al fenómeno de corrupción judicial, son:

- Falsas denuncias o autoacusaciones con miras a obtener beneficios derivados de la aplicación misma de la ley.

Dentro de este tipo de conductas se pueden encontrar los siguientes ejemplos: (i) falsa denuncia de acceso carnal violento para que sea autorizado un aborto; (ii) conductas en que se han reconocido beneficios o trámites especiales frente a las



víctimas de las conductas. Puede ser el caso de víctimas de desplazamiento forzado, ataque con agentes químicos, trata de personas y tráfico de migrantes; (iii) falsas denuncias orientadas a sustentar causales de justificación. Dentro de esta modalidad se pueden encontrar casos en dónde se hace uso de esta conducta para sustentar la ocurrencia de una legítima defensa, denunciar una falsa agresión; o advertir falsas amenazas u otras circunstancias para alegar insuperable coacción ajena o miedo insuperable para sustentar la financiación del terrorismo o la realización de otro ilícito como el porte de estupefacientes; entre otros.

- Falsas denuncias con fines de desacreditación o de interés político. Se ha convertido también en un sustento o motivación propia para la realización de esta conducta la búsqueda de impacto en escenarios o contextos políticos o sociales.
- Falsas denuncias o autoacusación sustentada en beneficios económicos (movilizados por terceros con intereses diversos que, o no quieren figurar o pretenden desviar la atención de lo ocurrido o servir como cortina de humo frente a otras circunstancias que pueden revestir mayor gravedad o interés).
- Falsas denuncias para generar atención mediática momentánea que impida detectar otros comportamientos, acreditar resultados u otros similares.

De manera general se analizan los comportamientos a que se ha hecho referencia:

Falsa denuncia (art. 435 CP) y falsa denuncia contra persona determinada (art. 436 CP)

Delito / Elementos del delito	Art. 435 CP	Explicación	Art. 436 CP	Explicación
Sujeto activo	"El que". Sujeto activo indeterminado. La conducta se puede realizar por cualquier persona.			
Verbo rector	"Denuncie". Tipo penal de mera conducta que describe la puesta en conocimiento de las autoridades de un hecho que puede revestir las características de un delito. Si bien el término alude a la denuncia no se restringe a esta única modalidad, por lo que entendido como verbo se parte de cualquier mecanismo de puesta en conocimiento de una conducta que no se ha cometido (denuncia, querrela, petición especial, u otros).			

Objeto material directo	Conducta típica que no se ha cometido.	La denuncia recae sobre conducta típica que no se ha cometido. De esta forma, lo que se pone en conocimiento (o denuncia) es un hecho delictivo de aquellos que se encuentran dispuestos en el Código Penal (Ley 599 de 2000), conducta que no se ha cometido (hecho que se conoce por quien realiza el comportamiento).	A una persona como autor o participe de una conducta típica que no ha cometido o en cuya comisión no ha tomado parte.	En este supuesto, a diferencia del anterior, no se trata de la denuncia en abstracto de una conducta sino que en este caso la denuncia se dirige de manera precisa en contra de una persona determinada a quien se le vincula (como autor o participe) con una conducta penal.
Objeto material indirecto	La administración de justicia o la autoridad. En este caso es sobre quienes recae la acción de la falsa denuncia, que lo constituye la autoridad.			
Ingredientes	Bajo juramento. Ingrediente de tipo descriptivo de modo, porque se indica la manera en la que la persona realiza la falsa denuncia sobre la conducta que no se ha cometido. Ahora, de acuerdo con lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, la denuncia se entiende que se presenta bajo juramento, sin que se haga exigible el rito respectivo.			
Elemento subjetivo	Dolo.	En este caso, quien concurre a “denunciar” conoce que la conducta no se ha cometido, y a pesar de ello presenta la denuncia correspondiente.	Dolo.	La diferencia con la conducta anterior recae en que en este caso se conoce la ausencia de relación del sujeto con la conducta que se denuncia (que pudo o no tener lugar)
Pena	Prisión De 1 a 2 años, multa de 2 a 10 SMLMV.		Prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de dos puntos sesenta y seis (2.66) a treinta (30) SMLMV.	



Falsa autoacusación (art. 437 CP)

Delito / Elementos del Delito	Falsa autoacusación	Explicación
Sujeto activo	"El que".	Sujeto activo indeterminado. La conducta se puede realizar por cualquier persona.
Verbo rector	"Declare".	Tipo penal de mera conducta. La diferencia con los casos anteriores es que en este caso no se acude para denunciar un hecho en abstracto o a un tercero, sino que en este caso el autor del comportamiento concurre para declararse a sí mismo responsable de una conducta (bien a título de autor o de partícipe).
Objeto material directo	"Autor o partícipe de una conducta típica que no ha cometido, o en cuya comisión no ha tomado parte".	El objeto de la declaración que no es otro que su propia responsabilidad, como autor o partícipe, de una conducta que realmente no realizó o en la que no tomó parte.
Objeto material indirecto	La autoridad.	Es quien recibe la declaración o cuya actividad se verá afectada como consecuencia de la falsa autoacusación que se presenta. No se precisa qué tipo de autoridad debe ser con lo que no se restringe a una autoridad de carácter penal (lo que además tiene sentido dado que cuando se tiene conocimiento de una conducta que pueda revestir las características de un delito, debe la autoridad iniciar la actuación de oficio o remitir ante la que sea competente).
Elemento subjetivo	Dolo.	La conducta se configura únicamente en esta modalidad, al existir conocimiento sobre la "autoacusación" que se realiza y la falsedad de esta.
Pena	Prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa de dos puntos sesenta y seis (2.66) a quince (15) SMLMV.	

Estas conductas comparten causales de agravación y atenuación punitiva, así:

Agravación punitiva (art. 438 CP)	Atenuación punitiva
Si el agente simula pruebas, la pena se aumentará hasta una tercera parte, siempre que la misma conducta no configure otro delito. En todo caso se debe evidenciar que en sí misma no constituya otro delito, pues existen conductas sobre falsedad de EMP y EF o pruebas.	Se trata de una contravención. En este caso la pena será de multa. La pena prevista se reducirá de una tercera parte a la mitad si antes de vencerse la última oportunidad procesal para practicar pruebas, el autor se retracta de la falsa denuncia.

2.2 De la omisión de denuncia de particular

En este caso, el reproche penal recae sobre la ausencia de puesta en conocimiento de la conducta punible, lo que se torna en un impedimento para la actividad de las autoridades competentes y en todo caso va en contravía de la precisa obligación que recae sobre toda persona de denunciar.



Si bien dentro de los delitos contra la recta impartición de justicia se hace alusión exclusiva al delito de omisión de denuncia de particular, corresponde analizar las siguientes conductas similares: i) abuso de autoridad por omisión de denuncia de servidor público y, ii) omisión de denuncia. Estas conductas tienen el mismo objeto y el mismo impacto.

En todo caso, en este contexto se sugiere analizar si se está ante una simple omisión propia o si se trata de una omisión de quien es garante (art. 25 de la Ley 599 de 2000). Bajo este último supuesto, lejos de responder por omisión de denuncia en cualquiera de sus modalidades, quien comete la conducta debería ser responsable por la conducta misma que se realiza a título de comisión por omisión (omisión impropia). Ejemplo de lo anterior es el caso de una madre que no denuncia a su pareja quien comete acceso carnal contra menor de 14 años. Se analizan con detenimiento:

Delito / Elementos del delito	Omisión de Denuncia (art. 219 B CP) ³⁶	Omisión de Denuncia de SP (art. 417 CP)	Omisión de Denuncia de Particular (art. 441 CP)
Sujeto Activo	El que. Si bien se trata de persona indeterminada, en todo caso no está abierto a cualquiera de ellas, sino que se hace un vínculo por razón de su oficio, cargo, o actividad; y siempre que exista un deber legal de hacerlo (denunciar).	El servidor público. Sujeto activo cualificado. Puede tratarse de cualquier servidor público y aun cuando la conducta a denuncia no guarde relación alguna con su cargo o función.	El que. Sujeto activo indeterminado. Cualquier persona puede cometer el delito.
Se evidencian diferencias entre las diferentes conductas. Si bien es cierto que todas las personas tienen un deber de denunciar, se generan consecuencias diversas dependiendo de las conductas cuya denuncia se omite, y en todo caso el rol que se espera se asuma por cada uno de estos sujetos en la sociedad. En todo caso existirá un comportamiento para cada una de las personas.			



<p>Verbo rector</p>	<p>Omite informar.</p>	<p>No dé cuenta.</p>	<p>Omite informar.</p>
	<p>En todas sus modalidades se trata de una conducta esencialmente omisiva y que se orienta a la existencia de una obligación de denunciar determinadas conductas (principalmente aquellas que deban investigarse de oficio) y conociendo de la existencia de la conducta punible no concurre a ponerla en conocimiento de las autoridades.</p> <p>Ello obedece al deber de denunciar que tienen todas las personas en virtud del principio de solidaridad constitucional y el deber de participar de la administración pública. Señala el artículo 67 de la Ley 906 de 2004: <i>“ Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio. El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente ”.</i></p>		
<p>Objeto directo</p>	<p>Conducta punible de las descritas en la norma.</p> <p>Se trata de los siguientes delitos (siempre que se utilicen menores): (i) inducción a la prostitución; (ii) proxenetismo con menor de edad; (iii) constreñimiento a la prostitución; (iv) Estímulo a la prostitución de menores; (v) demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad; (vi) pornografía con personas menores de 18 años; (vii) turismo sexual; (viii) utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años.</p>	<p>De la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio.</p> <p>Delitos investigables de Oficio. Las conductas que se deben investigar de oficio serán aquellos que no se encuentren consagrados en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal (Delitos querellables).</p>	<p>Conducta punible de las descritas en la norma.</p> <p>Se trata de los siguientes delitos: (i) Genocidio; (ii) Desplazamiento Forzado; (iii) Tortura; (iv) Desaparición forzada; (v) Homicidio; (vi) Secuestro; (vii) Secuestro extorsivo; (viii) Extorsión; (ix) Narcotráfico; (x) Tráfico de drogas tóxicas; (xi) Estupefacientes o sustancias sicotrópicas; (xii) Terrorismo; (xiii) Financiación del terrorismo; (xiv) Administración de recursos relacionados con actividades terroristas; (xv) Enriquecimiento ilícito; (xvi) Testaferrato; (xvii) Lavado de activos; (xviii) Conductas del Título II – que contiene los <i>“Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”</i>; (xix) Conductas capítulo IV del Título IV si el sujeto pasivo es menor. Estos son los delitos contra la Libertad, integridad y formación</p>

			sexuales, capítulo IV referidos a la explotación sexual: (i) Inducción a la prostitución, (ii) Proxenetismo con menor de edad, (iii) Constreñimiento a la prostitución, (iv) Estímulo a la prostitución de menores, (v) Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, (vi) pornografía con personas menores de 18 años, (vii) Turismo sexual, (viii) Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años.
	Se observa una coincidencia de varios de los tipos penales a denunciar, lo que en la práctica puede ofrecer alguna complejidad en torno a la conducta a aplicar. Esta discusión pareciera que se zanja con la verificación del sujeto en consonancia con el tipo penal a denunciar, pero en todo caso muestra una consagración reiterada de un mismo comportamiento y que incluso puede generar discusión en torno a la lógica al momento de aterrizar la consecuencia jurídica, pues pierde su esencia y la razón de la configuración ³⁷ .		
Objeto indirecto	A las autoridades administrativas o judiciales competentes sobre tales hechos.	No se especifica.	A la autoridad.
Ingredientes	"Tuviere conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el presente capítulo".	"Teniendo conocimiento".	"Teniendo conocimiento"; "Sin justa causa"; "En forma inmediata".
	En todos los eventos supone el tener conocimiento y a pesar de ello, y de tener el deber legal, se omite su denuncia o puesta en conocimiento. Se destaca en todo caso que en el caso del delito de omisión de denuncia de particular se hace alusión – además- a que no medie justa causa y que además se exige una inmediatez en la puesta en conocimiento con lo que es viable que se incurra en la conducta aun cuando se denuncie, pero si no se hace de manera inmediata.		
Penas	Incurrirá en multa de trece puntos treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes.	Incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.	Incurrirá en prisión de 3 a 8 años.



Como se mencionó líneas arriba en pie de página, no se encuentra consistencia lógica en torno a las penas a imponer de cada a la necesidad y creación de los tipos penales y la diferencia de reproche – incluso- frente a un mismo comportamiento. Por ejemplo, cuando se trate de un delito sexual contra un menor de edad (conducta prevista en los 3 tipos penales bajo análisis) el reproche varía según el sujeto, al tener el más bajo de todos el servidor público, luego quien tiene la obligación legal de poner en conocimiento y finalmente el particular (de quien se puede interpretar tiene la obligación legal derivada del art. 67 de la Ley 906 de 2004).

Causal de Agravación	Si la conducta se realizare por servidor público, se impondrá, además, la pérdida del empleo.	La pena será de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular (art 441 CP).	N/A
-----------------------------	---	---	-----

2.3 Del falso testimonio

Una de las pruebas fundamentales en las actuaciones judiciales es el testimonio. Por esta razón, las conductas que de alguna manera permiten que haya cuestionamientos sobre el testimonio atentan contra la recta impartición de justicia. Al respecto se analizan las siguientes conductas:



Se han conocido escenarios en que se acude de manera recurrente a esta conducta específica con el fin de impedir que el testimonio se erija como la prueba que es o a que surja, como mínimo, la duda en casos particulares.

Falso Testimonio (art. 442 CP)

Delito / Elementos del delito	Falso testimonio	Explicación
Sujeto activo	"El que".	Sujeto activo indeterminado.
Verbo rector	Falte a la verdad o la calle totalmente.	Tipo penal plural alternativo, de manera que con cualquiera de las conductas que se han señalado se configura el delito. La primera de las conductas supone una acción en virtud de la cual lo que se declara carece de veracidad. En la segunda, se trata de una conducta omisiva en que no se hace entrega de la totalidad de la información con que se cuenta.

Objeto material Indirecto	"Ante autoridad competente".	Puede tratarse de un juez o funcionario administrativo ante quien se adelanta la actuación. Es ante quien se realizará la acción de faltar o callar ante la verdad.
Ingredientes	"... en actuación judicial o administrativa". "Bajo la gravedad de juramento".	Ingrediente descriptivo que indica que la conducta únicamente se puede enmarcar en una actuación judicial o administrativa. Ahora, para que la conducta tenga relevancia penal ha de ser bajo la gravedad de juramento.
Elemento subjetivo	Dolo.	La conducta solo admite la modalidad dolosa.
Pena	Prisión de 6 a 12 años.	
Atenuación punitiva	Art 443 del CP.	"Si el responsable de las conductas descritas en el artículo anterior se retracta en el mismo asunto en el cual rindió la declaración antes de vencerse la última oportunidad procesal para practicar pruebas, la pena imponible se disminuirá en la mitad".

Soborno (art. 444 CP) y Soborno en la actuación penal (art. 444 A CP)

Delito / Elementos del delito	Soborno	Soborno en la actuación penal	Explicación
Sujeto activo	"El que".		Sujeto activo indeterminado.
Verbo rector	Entregue o prometa.		Tipo penal plural alternativo, ya que con cualquiera de las conductas se comete el delito. Consagra los verbos usuales de los tipos penales de cohecho, salvo el de ofrecer que quedaría cobijado en prometer. Se trata de un tipo penal de mera conducta porque basta la entrega o promesa aun con independencia que se cumpla la finalidad pretendida.
Objeto material directo	Dinero u otra utilidad.		Puede ser de cualquier naturaleza.
Objeto material Indirecto	El testigo.	El testigo de un hecho delictivo.	Es a quien se hace la entrega o la promesa y como tal quien es objeto del soborno. La diferencia entre una y otra conducta es que en la segunda se trata de un testigo de un hecho delictivo.
Ingredientes	"Para que falte a la verdad, o la calle total o parcialmente en su testimonio".	"En provecho suyo o de tercero". "para que se abstenga de concurrir a	Ingrediente subjetivo que consagra la finalidad pretendida con la entrega o promesa y que puede o no configurarse en el caso concreto. Si se configura, el testigo además incurre en el tipo penal previamente anotado (falso testimonio), pero si no en todo



		declarar, o para que falte a la verdad, o la calle total o parcialmente".	caso se consuma este delito de soborno- En el segundo caso parte de la finalidad puede ser que se abstenga a concurrir a declarar, además que la conducta se realiza en provecho suyo o de un tercero con independencia que se obtenga dicho provecho.
Elemento subjetivo	Dolo.		
Penas	Prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de cien (100) a mil (1.000) SMLMV.	prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de cincuenta (50) a dos mil (2.000) SMLMV.	N/A.

2.4 Delito de infidelidad a los deberes profesionales (art. 445 CP)

Este delito se configura dentro del título de los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia. La conducta que se reprocha es la del apoderado o mandatario que actúe en transgresión de sus deberes profesionales o del rol específico que está llamado a cumplir en virtud de su labor profesional.

Se trata de una conducta de sujeto activo cualificado. En este sentido, únicamente puede ser cometida por quien tiene una relación de mandato o a quien se le ha conferido un poder en los términos de ley y que, en consecuencia, representa intereses en un asunto judicial o administrativo.



El sujeto pasivo es el Estado como titular del bien jurídico tutelado, aun cuando es una conducta pluriofensiva en la que necesariamente se ven vulnerados los intereses contrapuestos a la conducta infiel del apoderado o mandatario.

Consagra 2 específicas modalidades de conducta, a saber:

- Primera modalidad de comportamiento: Se reprocha el que el apoderado o mandatario en un asunto judicial o administrativo “(...) por cualquier medio fraudulento perjudique la gestión que le hubiere confiado (...)”. Para dichos efectos el verbo rector

lo constituye el “perjudicar”, conducta que debe valerse del empleo de medios fraudulentos y que recae sobre la gestión que se ha confiado.

Esta conducta es contraria a los deberes que se imparten derivados del rol que se desempeña. Se realiza valiéndose de maniobras o engaños que impiden evidenciar esa gestión contraria a la que debería seguir quien es apoderado o mandatario.

- Segunda modalidad de comportamiento: Se reprocha el que el apoderado o mandatario en un asunto judicial o administrativo “(...) que en un mismo o diferentes asuntos defienda intereses contrarios o incompatibles surgidos de unos mismos supuestos de hecho (...)”.

En este último caso, se cuestiona precisamente esa incursión en conflicto ante la defensa simultánea de intereses contrapuestos, lo que no solo se orienta a la protección de quienes acuden a dicho mandatario o apoderado para la representación de sus intereses, sino de la administración de justicia misma y la transparencia que debe caracterizar el desarrollo de tal labor.

Incluso, permite la garantía del debido proceso consagrado en el artículo 29 Constitucional, en particular: (i) El derecho a una asistencia técnica la cual se encarece cuando se representan intereses contrapuestos, limitando además las posibilidades de controversia. La defensa debe ser “continua, real, unitaria y resguardada permanentemente por el funcionario judicial encargado de la dirección del proceso³⁸”, real, no simplemente nominal de forma que quien apodera obre activamente en pro de quien le ha conferido poder o quien ha otorgado mandato (ii) El derecho de contradicción, de forma que se garantice la oposición y refutación. Finalmente, la conducta debe ser cometida con dolo.

Delito / Elementos del delito	Infidelidad a los deberes profesionales	Explicación
Sujeto activo	“El apoderado o mandatario”.	Sujeto activo cualificado, que supone la existencia de un poder de representación de los intereses de un tercero.
Verbo rector	Perjudicar (perjudique la gestión que se le hubiere confiado) / defender. (que en un mismo o diferentes asuntos defienda intereses contrarios o incompatibles surgidos de unos mismos supuestos de hecho).	Tipo penal plural alternativo de mera conducta.



Ingredientes	<p>"En asunto judicial o administrativo".</p> <p>"Por cualquier medio fraudulento".</p>	<p>Ingrediente descriptivo, en primer lugar, en tanto describe el escenario en que puede configurarse el ilícito, pero además es descriptivo de modo, ya que se especifica el medio o la manera en la que el apoderado o mandatario debe realizar la conducta para que sea típica. Es relevante el señalamiento en este punto pues no basta (p. ej. para el primer supuesto) que se pierda el asunto encomendado, sino que demanda del medio fraudulento del apoderado o mandatario.</p>
Elemento subjetivo	Dolo.	
Penal	Prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses.	
Agravante punitivo	El mismo artículo especifica que se aumentara la pena hasta en una tercera parte si la conducta se realiza en asunto penal.	

2.5 Del encubrimiento

El conjunto de conductas que se describen en este capítulo tienen por objeto generar reproche penal a quienes con su comportamiento permiten que otras conductas se materialicen o de alguna forma contribuyen al desarrollo de la criminalidad.

Se hace referencia a 2 modalidades específicas: (i) El favorecimiento y (ii) La receptación.

Favorecimiento (art. 446 CP) y receptación (art. 447 CP)

Delito / Elementos del delito	Favorecimiento (art. 446 CP)	Receptación (art. 447 CP)
Sujeto activo	"El que"; "Tenga conocimiento" Sujeto activo indeterminado, sin embargo, debe tratarse de quien tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible.	El que sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta punible Sujeto activo indeterminado. Sin embargo, sí se precisa que no se trata de alguien que haya tomado parte en la conducta, es decir, es persona separada de quien realiza la conducta inicial.
Verbo rector	Ayudar a eludir la acción penal o a entorpecer la investigación La ayuda se orienta a: (i) eludir la acción de la autoridad para la investigación	Adquiera, posea, convierta o transfiera; o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito Se trata de un tipo penal de verbo plural alternativo, de manera que basta con que

	<p>correspondiente o a (ii) entorpecer la investigación correspondiente. Se trata de un tipo penal de mera conducta y que no se refiere a quien comete el comportamiento inicial, sino a quien presta su ayuda para que esta conducta inicial no tenga respuesta punible efectiva.</p>	<p>se incurra en una de las conductas que se describen en el tipo para que se consume el delito.</p>
Objeto material directo	<p>A eludir la acción penal y a entorpecer la investigación Es sobre ello que se presta la ayuda a que hace referencia la conducta punible.</p>	<p>Bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito.</p>
Ingredientes	<p>"Sin concierto previo" Se trata de un Ingrediente de modo que supone la separación de quien "ayuda" frente a quien realiza la conducta inicial cuya acción se quiere eludir o cuya investigación se quiere entorpecer.</p>	<p>N/A.</p>
Elemento subjetivo	<p>Dolo.</p>	
Penas	<p>Prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses.</p>	<p>Prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de seis puntos sesenta y seis (6.66) a setecientos cincuenta (750) SMLMV.</p>
Naturaleza	<p>Principal.</p>	<p>Subsidiario: siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.</p>
Agravación punitiva	<p>Si la conducta se realiza respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la pena será de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses de prisión.</p>	<p>Si la conducta se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos; o sobre elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión, o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, la pena será de seis (6) a trece (13) años de prisión y multa de siete (7) a setecientos (700) SMLMV.</p> <p>Si la conducta se realiza sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) SMLMV la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.</p> <p>Si la conducta recae sobre los siguientes productos o sus derivados: aceites</p>

		comestibles, arroz, papa, cebolla, huevos, leche, azúcar, cacao, carne, ganado, aves vivas o en canal, licores, medicamentos, cigarrillos, aceites carburantes, vehículos, autopartes, calzado, marroquinería, confecciones, textiles, acero o cemento, en cuantía superior a cinco (5) SMLM, la pena imponible se aumentará hasta en la mitad. Este último que reemplaza la conducta que inicialmente se tenía consagrada en el art. 447 A.
Atenuación punitiva	Si se tratara de contravención se impondrá multa.	

2.6 De la fuga de presos

Fuga de presos (art. 448 CP) y favorecimiento de la fuga (art. 449 y 450 CP)

Delito / Elementos del delito	Fuga de presos	Favorecimiento de la Fuga de presos (dolosa y culposa)	
Sujeto activo	“El que se fugue estando privado de la libertad”. Sujeto activo cualificado (especial). No se trata de cualquier persona, sino que se debe tratar de quien esté privado de la libertad en centro de reclusión, hospital o domiciliariamente, en virtud de providencia o sentencia que le haya sido notificada.	“El servidor público” o “El particular”. “Encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido, capturado o condenado”. Se trata de sujeto activo cualificado, en que, si bien puede ser servidor público o particular, es quien está encargado de la vigilancia, custodia, o conducción de un detenido, capturado o condenado. Solo quien tiene este deber es quien puede incurrir en el delito.	
Verbo rector	“Fugar”. Tipo penal de mera conducta. Ello supone “escapar” o “incumplir” la privación que le ha sido impuesta.	“Procurar o facilitar”. Tipo penal plural alternativo que puede darse por permitir o facilitar la fuga. Se trata de un tipo penal de mera conducta.	
Elemento subjetivo	Dolo.	Dolo (art. 449 CP).	Culpa (art. 450 CP) Esta modalidad únicamente opera respecto del servidor público (no así frente al particular) y cuando por culpa dé lugar a la fuga.
Pena	Prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.	Prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.	

Atenuación punitiva	(art. 451 CP) Se disminuirá a la mitad si dentro de los 3 meses siguientes a la fuga, el evadido se presentara voluntariamente.	Disminuirá la pena a la mitad indica el inciso segundo del art 451 del CP, que: "Al copartícipe de la fuga o al servidor público que la hubiere facilitado que, dentro de los tres (3) meses siguientes a la evasión, facilite la captura del fugado o logre su presentación ante autoridad competente".
Agravación punitiva	N/A.	La pena se aumentará hasta en una tercera parte cuando el detenido, capturado o condenado estuviere privado de su libertad por los delitos de genocidio, homicidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el Título II de este Libro. En la modalidad culposa la pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses.
Eximente de la Responsabilidad Penal	Cuando el interno fugado se presentare voluntariamente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la evasión, la fuga se tendrá en cuenta únicamente para efectos disciplinarios. (art. 452 CP).	

2.7 Del fraude procesal y otras infracciones



En este capítulo se analizan las conductas de fraude procesal y de fraude a resolución judicial o administrativa.

Del fraude procesal (art. 453 CP) y de fraude a resolución judicial o administrativa de Policía (art. 454 CP)

Delito / Elementos del delito	Fraude procesal ³⁹ (art. 453 CP)	Fraude a resolución judicial o administrativa de Policía (art. 454 CP)
Sujeto activo	“El que”. Sujeto activo indeterminado, en la medida que no se exige cualificación especial en el autor del tipo penal y la conducta puede llevarse a cabo por cualquier persona.	“El que”. Sujeto activo indeterminado. Sin embargo, debe tratarse de quien es sujeto de la obligación impuesta en la resolución judicial o administrativa de Policía de que se trate.
Verbo rector	Inducir en error. Se trata de un tipo penal de mera conducta, de manera que se busca inducir (a través de medios fraudulentos) al funcionario correspondiente.	Sustraer. Se trata de un tipo penal de omisión, de mera conducta, y supone el no dar cumplimiento a la obligación que le ha sido impuesta.
Objeto material Indirecto	A un servidor público El servidor público que tenga la competencia para emitir la sentencia, resolución o acto administrativo que se pretenda obtener.	N/A.
Ingredientes	“La sentencia, resolución o acto administrativo”. Ingrediente normativo sobre lo que recae la finalidad del tipo penal. “Por cualquier medio fraudulento induzca en error”. El empleo de medios fraudulentos idóneos en tratándose de un delito de mera conducta ⁴⁰ “es decir, que para su perfeccionamiento no se necesita que el funcionario haya sido engañado, sino que los mecanismos utilizados tengan la fuerza suficiente para ello” ⁴¹ . “Si se comprueba que ese acto no reviste esa especial connotación, no será viable el juicio de adecuación típica, pues si bien el legislador prevé la utilización de “cualquier medio fraudulento” para el propósito indicado en la norma éste debe contar con la aptitud o la fuerza necesaria para incidir en el razonar del sujeto pasivo de la conducta, hasta el de sustraerle a una verdad específica, para introyectarle, en su defecto, una convicción distante de la realidad” ⁴² .	“Por cualquier medio”. A diferencia del fraude procesal en este caso no se exige de un medio fraudulento y basta que, a través de cualquier medio, se sustraiga del cumplimiento de la obligación impuesta.
Ingrediente subjetivo	Consagra un ingrediente subjetivo específico de manera que la conducta se oriente a	N/A.

	conseguir una decisión injusta favorable a los intereses del autor por medio de sentencia, resolución o acto administrativo.	
Elemento subjetivo	Dolo.	
Pena	Prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.	Prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) SMLMV.

2.8 Delitos contra medios de prueba y otras infracciones



En este capítulo se analizan las conductas relacionadas con los medios de prueba.

Amenazas a testigo (art. 454 A CP)

Delito / Elementos del delito	Amenazas a testigo	Explicación
Sujeto activo	"El que".	Sujeto activo indeterminado.
Verbo rector	Amenazar.	Tipo penal de mera conducta, ya que con el solo hecho de amenazar a otra de ejercer violencia sobre esta o sus familiares se está cometiendo el delito, así que claramente, no se tiene que en efecto cumplir la amenaza.
Objeto material directo	Ejercer violencia física o moral en su contra o en la de su cónyuge, compañero o compañera permanente ⁴³ o pariente dentro del cuarto grado.	En ello consiste la amenaza.

Objeto material Indirecto	"A una persona testigo de un hecho delictivo" o "sobre experto que deba rendir informe durante la indagación o investigación, o que sea judicialmente admitido para comparecer en juicio como perito".	La conducta o la amenaza como tal recaer sobre quien es testigo de un hecho delictivo o sobre experto que deba rendir informe durante la indagación o investigación, o que sea judicialmente admitido para comparecer en juicio como perito.
Ingredientes	"Para que se abstenga de actuar como testigo o para que en su testimonio falte a la verdad o la calle total o parcialmente".	Ingrediente subjetivo, ya que se indica cual es la finalidad de la conducta o la razón de la amenaza.
Elemento subjetivo	Dolo.	
Pena	Prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a dos mil (2.000) SMLMV.	
Agravante de la conducta	Si la conducta anterior se realizare respecto de testigo judicialmente admitido para comparecer en juicio, con la finalidad de que no concurra a declarar, o para que declare lo que no es cierto Prisión de 5 a 12 años y multa de 100 a 4000 SMLMV.	

Ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (art. 454 B CP)

Delito / Elementos del Delito	Ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio	Explicación
Sujeto activo	"El que".	Sujeto activo indeterminado.
Verbo rector	"Oculte, altere o destruya".	Tipo penal plural alternativo, con cualquiera de estas conductas sobre el material probatorio se comete el delito.
Objeto material directo	Elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal.	Esto será sobre lo que recae la realización de alguna de las conductas de ocultar, alterar o destruir, y será lo que afectará el proceso y por lo cual se le imputará este delito al sujeto activo.
Ingredientes	"El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba"	Ingrediente subjetivo que denota la finalidad de la conducta.
Elemento subjetivo	Dolo.	
Pena	Prisión De 4 a 12 años y multa de 200 a 5000 SMLMV.	

Impedimento o perturbación de la celebración de audiencias públicas (art. 454 C CP)

Delito / Elementos del delito	Impedimento o perturbación de celebración de audiencias públicas.	Explicación
Sujeto activo	"El que".	Sujeto activo indeterminado.
Verbo rector	Impedir o tratar de Impedir.	Tipo penal de mera conducta.
Objeto material directo	"La celebración de una audiencia pública durante la actuación procesal".	
Ingredientes	"Por cualquier medio".	Ingrediente descriptivo de modo: No se hace restricción en torno al medio a emplear.
Elemento subjetivo	Dolo.	
Pena	Prisión De 3 a 6 años y multa de 100 a 2000 SMLMV.	
Naturaleza	Subsidiario. "Siempre y cuando la conducta no constituya otro delito".	

Finalmente, y en especial en este contexto, surge esencial la prevención y sanción de la corrupción ya que puede derivar en una situación de Captura del Estado (CdE), lo cual genera diversas consecuencias nocivas para la institucionalidad democrática.

De acuerdo con Garay, Salcedo-Albarán, León Beltrán y Guerrero, los casos de captura del Estado que más se han investigado en las últimas décadas han sido los de países de Europa oriental que realizaron la transición del comunismo a la economía de mercado. Lo anterior, debido a que según explican los autores, en estos países se centran las condiciones institucionales que propician la CdE. Estas son: "la cercanía entre las decisiones económica y las decisiones del Estado, y el bajo nivel de transparencia en la toma de decisiones"⁴⁴.

Ahora bien, a partir de estas investigaciones se han establecido definiciones de lo que se constituye CdE.

Por un lado, de acuerdo con el Banco Mundial, institución pionera en el estudio de la CdE citado por Garay, Salcedo-Albarán, León Beltrán y Guerrero, la CdE se refiere a: "la acción de individuos, grupos o firmas, en el sector público y privado, que influyen en la formación de leyes, regulaciones, decretos y otras políticas del gobierno, para su propio beneficio como resultado de provisiones

ilícitas y no transparentes de beneficios privados otorgados a funcionarios públicos¹⁴⁵.

Por otro lado, Hellman y Kauffmann entienden por CdE “la acción de empresas que mediante pagos ilícitos a los oficiales moldean las reglas básicas de reglas de juego según su beneficio. Esto significa un planteamiento diferente del sentido usual que se da a la corrupción entre el sector privado y público, pues toma como momento originante al sector privado que coopta al público¹⁴⁶ Según estos autores cuando esto sucede se configura un escenario en el que grupos con amplio poder económico manipulan la formulación de leyes.

De acuerdo con Garay, Salcedo-Albarán, León Beltrán y Guerrero, estas definiciones corresponden con un esquema tradicional del entendimiento de la CdE el cual los autores mencionados desagregan según los siguientes elementos:

Figura 1. El esquema tradicional de la Captura del Estado



Fuente: Garay, Salcedo-Albarán, León Bentrán y Guerrero (2008, p.51.)

En este sentido, los autores consideran que la CdE no se limita a la manipulación de los arreglos jurídicos o normativos relacionados con la actividad económica por parte de empresas privadas, sino que los actores captadores del estado son mucho más amplios, refiriéndose a grupos de interés que pueden ser de naturaleza legal o ilegal.

Por su parte, Fazekas & Tóth mantienen una visión similar a la de Garay, Salcedo-Albarán, León Bentrán y Guerrero. De esta forma, señalan que la CdE no se refiere, como podría llegar a pensarse, a una corrupción ampliamente extendida en un Estado particular, sino que la esencia de un escenario de CdE recae en la existencia de una estructura de red en la cual actores corruptos se

agrupan alrededor de instituciones particulares del Estado con el fin de actuar de manera colectiva en la búsqueda de sus fines privados en detrimento del bien público⁴⁷.

A partir de lo anterior, se evidencia que las consecuencias de esta situación no se limitan a la actividad económica sino que generan una debilitamiento de la seguridad jurídica cuyos efectos se extienden a las "dimensiones civiles y penales de la rama judicial y al proceso legislativo de adopción de leyes y políticas públicas"⁴⁸ afectando de esa forma el desarrollo de la función pública la cual *"se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad"*⁴⁹.



Notas y referencias

- 1 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción - UNCAC, Prefacio.
- 2 PNUD (2004), *Anticorrupción. Nota Práctica*, disponible en http://www.undp.org/governance/docs/AC_PN_Spanish.pdf, pp.2.
- 3 Corporación Excelencia en la Justicia (2008), *La Corrupción Judicial en Colombia. Una aproximación al mapa de riesgos*, disponible en http://www.cej.org.co/files/CorrupcionPDF_documento_final_1.pdf, pp.14.
- 4 U4 (2009), "La UNCAC y la corrupción judicial: Requisitos y vías para lograr la reforma", *U4Brief*, Diciembre 2009, No. 32, disponible en <http://www.u4.no/publications-2-es-ES/the-uncac-and-judicial-corruption-requirements-and-avenues-for-reform-es-ES/>, pp.1.
- 5 Existe en la actualidad una variedad de disposiciones internacionales relacionadas. Sin el ánimo de agotar en esta nota este asunto, se mencionan algunos de los más importantes: (i) *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*; (ii) *Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966*; (iii) *Principios Básicos de las Naciones Unidas para la Independencia de la Justicia de 1985*, (iv) *Principios de Bangalore para la Conducta Judicial de 2002*; y (v) *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción - UNCAC* (Art. 8 códigos de conducta, declaraciones de activos y medidas para mejorar la ética pública, art. 10 transparencia de la administración pública, art. 11 reforzamiento de la integridad en los miembros del poder judicial, art. 13, rol de la sociedad civil, etc.); entre otros.
- 6 Rodrigo Uprimny et al (2012), *Autonomía presupuestal responsable y transparente Propuesta para reformar el presupuesto del Sistema Judicial*, DeJusticia – Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, disponible en http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.263.pdf, pp.27
- 7 Tomado de Corporación Excelencia por la Justicia (2008), *Op Cit*, pp. 18-39.
- 8 DNP (2013), *Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción*, Conpes 167 de 2013, disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/conpes/social/167.pdf>, pp.38-40.

- 9 Comunicado conjunto # 60 sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz La Habana, Cuba, 23 de septiembre de 2015, numeral 2, disponible en http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Septiembre/Paginas/20150923_03-Comunicado-conjunto-N-60-sobre-el-Acuerdo-de-creacion-de-una-Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx, pp.1.
- 10 CSJ, Cas. Penal. Decisión del 29 de marzo de 1990.
- 11 C. Const. Sent. C-392. May. 24/2006. M.P. Dra. Clara Inés Vargas.
- 12 MOLINA, Arrubla Carlos. Delitos contra la Administración Pública. Integrado con la Ley 190 de 1995. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. 1995. Pp. 363.
- 13 El Código que menciona el autor es el anterior, en el Código Penal actual el artículo de prevaricato por omisión es el 441.
- 14 Aun cuando algunos advierten que debería tratarse de un delito contra la eficaz y recta impartición de justicia. Sin embargo, la ubicación responde a que la conducta de "prevaricato" excede el contexto judicial y abarca otras formas y escenarios de la administración pública. Ello no quiere decir que no sea viable reconocer que cuando se materializa en este contexto, además de la transgresión a la administración pública, paralelamente se lesiona el bien jurídico "eficaz y recta impartición de justicia".
- 15 REYES ALVARADO, Yesid "*Bien Jurídico, prevaricato y abuso de autoridad*" Revista "*derecho penal Contemporáneo*" Revista Internacional Número 3, Legis Editores, año dos mil tres (2003), página 75.
- 16 CSJ, Cas. Penal. Sent. May. 17/2000. M.P FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
- 17 Cita de ANDRÉS RICARDO RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ en Configuración del delito de prevaricato en Colombia: análisis de la normatividad vigente, doctrina y jurisprudencia.
- 18 CSJ, Cas. Penal, Auto Interlocutorio. Nov. 11/2017, No. 51410 AP7577-2017 M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR
- 19 Para complementar esta información ver: CSJ, Cas Penal. No. 44958, Fecha: 05/03/2017, M.P. EYDER PATIÑO CABRERA.
- 20 CSJ, Cas. Penal, Sent. Mayo 2/2003, Rad. 14.752 M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.
- 21 CSJ, Cas. Penal, Sent. Nov. 9/ (2006), Rad. No. 25924 M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.



- 22 Este delito puede derivarse de intenciones diferentes al dolo como la superficialidad, el capricho o el desinterés. Para complementar esta información ver: CSJ No. 34852, Fecha: 27/06/2012, MP. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. Además, sobre las formas como generalmente ocurre este delito, se puede presentar por simple capricho del servidor público, con el objeto de causar daño o buscando beneficio para sí mismo o para un tercero. Para complementar esta información ver: CSJ No. 34852, Fecha: 27/06/2012, MP. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.
- 23 *“(…) Se trata, pues, de un delito que exige sujeto activo cualificado, es decir, que en él solo podría incurrir a título de autor, quien ostente la condición de servidor público, cuando la decisión o concepto emitido en ejercicio de sus funciones o cargo contraría abierta y groseramente los mandatos constitucionales y legales a cuyo cumplimiento no solo se compromete con la posesión del cargo, sino que es una condición de legitimación del ejercicio de los diferentes poderes que el Estado desarrolla y encarna a través de sus servidores.*
Los jueces, con mayor razón son los llamados a dinamizar el derecho en sus providencias a través no solo de la valoración de los supuestos fácticos a los que aplican la ley, sino a la interpretación que racional y razonablemente impone su contenido y alcances en relación con la situación que en concreto se pretende regular con miras a la solución de los conflictos que suelen suscitarse en desarrollo de la vida en comunidad y de las relaciones de ésta con el Estado, que cuando se precia de social y de derecho, es claro, que el monopolio de la fuerza y la solución de los conflictos debe darse mediante instancias previamente definidas para ello y con arreglo a la constitución y la ley, con respeto de los derechos y garantías debidas a los ciudadanos y dentro de los marcos de justicia y equidad que la comunidad espera. (…)” CSJ. Cas. Penal. Sent.may.25/2005 MP EDGAR LOMBANA TRUJILLO.
- 24 *“(…) El prevaricato es un tipo de los llamados de mera conducta o pura acción bastando para su estructuración que se profiera una resolución dictamen manifiestamente contrario a la ley sin que se exija la ejecutoria de aquella, pues con el solo proferimiento se realiza el tipo y se vulnera la norma. (CSJ, Cas. Penal, Sent. Nov. 15/2001, Rad. 14040. M.P. Jorge E. Córdoba).*
- 25 26243 – 27/10/08
- 26 ARENAS, Vicente Antonio. Comentarios al código penal colombiano: legislación, doctrina, jurisprudencia. Tomo II. Bogotá Temis. 1989.
- 27 CSJ, Cas. Penal. Sent.jun. 19/1984. MP Alfonso Reyes Echandía: “Todo retardo supone incumplimiento de actuación esperada en cierto, periodo 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 artículo 150 del C.P –ART. 414 C.P de 2000—menciona como delictiva la conducta del funcionario que retarde acto propio de sus funciones, no se refiere a una simple actitud pasiva o de inercia, ni siquiera a un dejar hacer algo, si no a un no hacer aquello a lo que el servidor público estaba jurídicamente obligado en un espacio temporal precisamente señala por ley; se trata, pues, de una obligación emanada de 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 hizo lo que podía y debía hacer, cuando esto acontece, el sujeto dejó de hacer o que jurídicamente debió realizar en un momento o períodos 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 cumplió definitivamente con su deber de acción, en el retardo no ejecutó el acto esperado y debió dentro del término previsto para ello, pero lo realizó más tarde, o está en condiciones de cumplir extemporáneamente. La omisión propiamente dicha se produce y agota en el momento mismo en que el sujeto incumplió su deber de actuar; en retardo, en cambio, comienza al expirar el término dentro del cual debió actuar y perdura mientras no cumpla con su obligación de realizar la acción esperada. Quien se encontraba obligado a actuar, en el caso concreto podía hacerlo y no lo hizo, toda vez que a nadie se le puede exigir lo imposible. (...)"

Por su parte MOLINA, Arrubla Carlos. Delitos contra la Administración Pública. Integrado con la Ley 190 de 1995. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. 1995.pp. 365; señala que "rehusar y retardar no son fenómenos idénticos, porque cuando ocurre aquél, el funcionario se resiste a hacer lo que podía y debía hacer, es decir, niega su deber jurídico; mientras que cuando éste acontece, el sujeto deja de hacer lo que jurídicamente debió realizar en un momento o período dados, aunque lo hubiera hecho o pudiera válidamente hacerlo con posterioridad, pero siempre más allá de los límites temporales que le habían sido trazados. Cuando se rehúsa, el actor se sustrae definitivamente de su deber de acción, mientras que en el retardo no ejecuta el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realiza más tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente."

- 28 En CSJ. Cas. Penal. Sent. may.25/2005 sobre la expresión "manifiestamente" se advierte que "Lo manifiesto es lo que se presenta con claridad y evidencia, lo que es patente, que está al descubierto, que es notoriamente visible. La exigencia legal apunta, entonces, a que la simple comparación entre la ley con lo expresado en la providencia debe mostrar incuestionable la ilegalidad de la última. Si la contrariedad nace luego de elaborados análisis, la atipicidad del comportamiento deriva incuestionable, en cuanto no es



ostensible." En sentencia anterior, CSJ. CAS. Penal. Sent- mar.29/1990 se señaló "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 interpretación 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 subjudice la resolución núm. 029 de 1961 o si por el contrario existían otras disposiciones".

29 Ahora, frente al término "contrario a ley", la CSJ. Cas. Penal. Sent. ene.18/2003 consideró que el delito de prevaricato por acción se cometía cuando: "se configura cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución o dictamen ostensiblemente contrario a la norma jurídica aplicable al caso, haciendo prevalecer su capricho a la voluntad de la ley, y afectando de este modo la integridad del ordenamiento jurídico y con ello la de la administración pública a cuyo nombre actúa". Quiere ello decir que el término "ley" no es restrictivo desde el punto de vista formal en lo que atiene a la transgresión de una "ley" en sentido estricto, sino que se toma en un concepto amplio entendiendo por "ley": norma aplicable al caso.

30 Sobre ello se ha pronunciado la jurisprudencia en varias ocasiones. Se citan algunos apartes:

«“(...) esta Corporación ha sostenido que dicho presupuesto se configura cuando la argumentación jurídica arroja conclusiones abiertamente opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto” CSJ SP, 20 Ene 2016, Rad 46806. En ella también se cita el contenido de la sentencia proferida el 13 de agosto de 2003, radicado 19303 que consideró: “(...) para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso.” Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo”.

En similar sentido se pronunció la Sala en sentencia del 23 de febrero de 2006, radicado 23901, al señalar:

“La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las decisiones que sin ninguna reflexión o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico”».

A su vez, la expresión “contrario a la ley”, ha sido entendida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que con aquella se designa: (i) la norma jurídica aplicable al caso concreto; (ii) el ordenamiento jurídico colombiano; (iii) los mandatos constitucionales; (iv) ley en sentidos formal y material, ya que no distingue entre una y otra; y (v) actos administrativos. En otras palabras, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la expresión “ley”, contenida en el artículo 413 del Código Penal no ha sido entendida y aplicada únicamente como sinónimo de acto normativo expedido por el Congreso de la República. Por el contrario, el significado más empleado en la jurisprudencia de la Sala Penal al término “ley” ha sido aquel de “norma jurídica aplicable al caso concreto”, interpretación que es plausible y ajustada a la Constitución, como quiera que aquella puede ser la Constitución, las normas que integran el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional.

- 31 Aun cuando en este caso la norma no lo especifica en los mismos términos que en el prevaricato por acción, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha establecido que no se trata de cualquier omisión, pues la misma debe ser deliberada, manifiesta y abiertamente contraria a la ley.

La sentencia del 23 de Febrero del 2005, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez, expone que, de acuerdo con la definición del tipo básico de prevaricato por omisión, retardar, omitir, rehusar o denegar deben ser actos realizados deliberadamente al margen de la ley, en otras palabras, que se dé una violación manifiesta de ella y es por ello que establece el fallo lo siguiente: “...si el prevaricato por omisión requiere para su configuración que el agente conozca el carácter ilícito de su comportamiento, es decir, que tenga conocimiento y voluntad de emitir intencionadamente el acto que está obligado a realizar por mandato legal, ese actuar premeditado o “deliberado” según el significado de la alocución, es comportamiento voluntario, intencionado, hecho a propósito, como se define en el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, o en conducta reflexiva e intencionadamente, no de manera impensada, con pleno conocimiento de lo que se hace y buscando las consecuencias que corresponden al acto de que se trata. (Diccionario de Uso del español de María Moliner”



En el mismo sentido la sentencia de mayo 22 de 2003 de la Corte Suprema de Justicia reitera la necesidad de que se dé una violación a la ley en el tipo de prevaricato por omisión. Por lo mismo reza que: "Evidentemente y como corresponde a la definición del tipo básico de prevaricato, omitir, retardar, rehusar o denegar, deben ser actos realizados deliberadamente al margen de la ley, esto es con violación manifiesta de la ley. Por tanto, la simple demostración objetiva de la adecuación aparente del hecho en alguno de los verbos que alternativamente configuran la ilicitud no es suficiente para pregonar su punibilidad".

- 32 CSJ, Cas. Penal, Sent. Mayo 27/2003, Rad. 18850. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- 33 La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha entendido en relación con la expresión "resolución" que *"no es solamente la providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio una 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"*
- 34 Frente a estos dos últimos términos adujo la CSJ. Cas. Penal. Sent. oct.13/1988, reiterada en providencia del 29 de septiembre de 2005: *"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"* (CSJ. Cas. Penal. Auto de única instancia del 13 de octubre de 1988, radicado 2270).
- 35 «Respecto a la inobservancia o incumplimiento del deber funcional inherente al delito de prevaricato por omisión, la Corte ha precisado lo que a continuación se transcribe:
"2. La determinación del deber funcional debe ser clara e inequívoca en el proceso, aunque no necesariamente sujeta a la expresa mención de cada norma, ley, reglamento o instrumento jurídico que sustente la obligación de actuar por parte del servidor público, ni tampoco del tenor literal de los preceptos contenidos en tales disposiciones. Lo importante, en cualquier caso, es que las funciones prescindidas le hayan sido concretadas al sujeto activo de la conducta como tales, es decir, como obligaciones o mandatos derivados del cargo respecto de los cuales no podía pretermitir, demorar o negar su realización. Ello sería suficiente para garantizar la crítica racional de las decisiones que en tal sentido se adopten tanto en la

acusación como en el fallo. (...) Por supuesto, la manera más sencilla para concretar el deber funcional esperado sería con la mención expresa de la ley, estatuto o reglamento que lo contemplase. Sin embargo, es posible que el juez o el funcionario instructor, por cualquier motivo, no especifique la norma o se equivoque al señalarla, ya sea porque la citó erróneamente, o aludió a una que había sido derogada por otra de igual contenido, o a la que siendo posterior a los hechos igual estuvo vigente en otra regulación, etcétera. Frente a estas eventualidades, lo trascendente para la correcta imputación al tipo objetivo, reitera la Sala, es la inclusión verificable o refutable del deber de proceder en las circunstancias particulares del asunto, y no la del artículo, inciso o párrafo que lo regula"» CSJ, Cas. Penal. Sent. Sept. 09/2017. Rad. 50366, SP14985-2017- M.P José Luis Barceló Camacho

- 36 Este delito fue incorporado en la Ley 679 de 2001 "Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución". La transitoriedad se refiere al número del artículo pues se consagra inicialmente en el Código Penal de 1980 y una vez en vigencia la Ley 599 de 2000 queda en el artículo 219B.
- 37 Por ejemplo, cuando se pretende generar un mayor reproche al servidor público, pero se observa que en términos de pena es más gravosa la conducta del particular, o cuando se crea un tipo específico para conductas penales sexuales contra menores y la consecuencia es inferior a la que ya habría cobijado el tipo penal de omisión de denuncia de particular.
- 38 CSJ, Cas. Penal, Sentencia No. 17.634 de 07/03/2002 MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- 39 Sobre este delito, indica la corte que: "dos son las eventualidades que la corte ha precisado como determinantes del momento consumativo del fraude procesal: una referida a la cesación de los efectos de la inducción en error al servidor público, y otra relacionada con la ejecutoria del cierre de la investigación, como quiera que será hasta ese acto procesal hasta cuando es viable pronunciarse en la resolución de acusación sobre las connotaciones factico-jurídicas de la conducta punible" (CSJ, junio 6/2007, rad24014)
- 40 "Se deduce de lo anterior, que es un tipo de mera conducta en razón a que se perfecciona cuando se logra la inducción en error al servidor público por medios engañosos o artificiosos idóneos y sus efectos se prolongaran en el tiempo en tanto perviva el estado de error y se obtenga la decisión pretendida, aun después si se necesita para su ejecución de



actos posteriores. Es decir, no requiera el logro de la decisión anhelada, sentencia, resolución o acto administrativo ilegal que de producirse configuraría su agotamiento" CSJ Cas. Penal, Sentencia de 02/09/2002 MP Edgar Lombana Trujillo.

- 41 CSJ, Cas. Penal Sentencia de 02/09/2002 MP Edgar Lombana Trujillo.
- 42 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia No. 19391, del 17 de agosto de 2005, con ponencia de la Doctora MARINA PULIDO DE BARÓN.
- 43 Ello se predica también, en igualdad de condiciones, en contra de los integrantes de las parejas del mismo sexo que actúen como testigos. CC, Sent. C-209 de 28/01/2009 MP. Rodrigo Escobar Gil.
- 44 Garay Salamanca, L., Salcedo-Abarán E., León Beltrán, I. & Guerrero B. (2008). Página 16. La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia. Recuperado de: <https://moe.org.co>
- 45 Ibidem
- 46 Hellman y Kauffman, 2001; Hellman, et al. 2000b citado por Garay Salamanca, L., Salcedo-Abarán E., León Beltrán, I. & Guerrero B. (2008). Página 37 La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia. Recuperado de: <https://moe.org.co>
- 47 Fazekas, M. & Tóth, I. (2016). From Corruption to State Capture: A New Analytical Framework with Empirical Applications from Hungary. Political Research Quarterly, Vol. 69, No. 2. Sage Publications, Inc. University of Utah. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/44018013>
- 48 Fundación Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia; Autores: Luis Jorge Garay Salamanca, Eduardo Salcedo-Albarán, Isaac de León-Beltrán y Bernardo Guerrero; Título: La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia, Primera Edición septiembre de 2008, Pág. 18
- 49 Corte Constitucional. Sentencia C-631, veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996). Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Santafé de Bogotá, D.C.,

Mayores informes:

Fiscalía General de la Nación
www.fiscalia.gov.co

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
www.unodc.org/colombia

**UNIDOS CONTRA
LA CORRUPCIÓN**

