

PREVARICACIÓN: PLUS DE ANTIJURIDICIDAD

*Esiquio Manuel Sánchez Herrera**

Resumen: ya en su momento el profesor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT como candidato a la Fiscalía General de la Nación dijo ante la Corte Suprema de Justicia que uno de los problemas fundamentales del actual Código Penal es su incompatibilidad con los nuevos criterios de imputación que imponen los estándares internacionales y la Constitución de 1991. La función jurisdiccional se ha transformado toda vez que los jueces en general fungen, en el mismo sentido que la Corte Constitucional, como garantes de la primacía de la Constitución sobre las demás normas y de la realización de los derechos fundamentales, a través del control difuso de constitucionalidad y de la acción de tutela. Ello pone de manifiesto un aspecto importante de la denominada constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, la nueva realidad jurídica impuesta por el actual modelo de Estado obliga a replantear el injusto del delito de prevaricato para no configurarlo a partir de la comparación de la decisión con la ley, sino con los valores y principios constitucionales que determinan un nuevo sistema de fuentes que expresan

* Magíster en Derecho Penal y Teoría del Delito de las universidades Central de Barcelona y Pompeu Fabra. Profesor de teoría del delito de las universidades Libre, Católica de Colombia, Caldas, Pontificia de Montería, del Sinú, Autónoma de Bucaramanga. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho disciplinario. Exprocurador delegado ante la Corte Suprema de Justicia. Exconjuez de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Actual director del Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo. esiquioma@hotmail.com. Fecha de recepción: 7 de mayo de 2013. Fecha de modificación: 17 de mayo de 2013. Fecha de aceptación: 5 de julio de 2013. Para citar el artículo: ESQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA. "Prevaricación: plus de antijuridicidad", *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, No. 96, enero-junio 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 113-143.

un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material, donde coexisten diversas posturas acerca de la justicia. Lo que pretendemos es configurar el injusto del prevaricato, conforme a esos estándares internacionales, al modelo de Estado que se impone.

Palabras clave: corrupción, prevaricación, injusto, jueces, plus de antijuridicidad, imputación, servidor público, delito, política criminal.

PREVARICATION PLUS UNLAWFULESS

Abstract: Already at the time the teacher candidate Eduardo Montealegre Lynett as the Attorney General's Office told the Supreme Court that one of the fundamental problems of the current Penal Code was that it was not compatible with the new allocation criteria imposed by international standards and the 1991 Constitution. The judicial function has become judges whenever are generally in the same direction as the Constitutional Court, as guarantors of the primacy of the Constitution over all other rules and realization of fundamental rights, through fuzzy control of constitutionality and tutelage. This highlights an important aspect of the so-called legal constitutionalization.

So the new legal reality imposed by the current state model requires rethinking the crime of malfeasance unfair not to configure from the comparison of the decision with the law but with constitutional values and principles that determine a new system sources expressing "a framework of consensus and unity, and non-formal, but material where coexist different positions on justice. What we want is to set the malfeasance unjust under these international standards state model imposed.

Keywords: Corruption, prevarication, unjust, judges, plus illegality, imputation, public servant, configuration, criminal policy.

INTRODUCCIÓN

Prevaricación viene del latín *praevaricari*, que significa patituerto, piernas separadas, andar muy torcido, andar con las rodillas hacia dentro y los pies hacia fuera, que anda torcido, desviado del camino recto.

El delito de prevaricato es de suma importancia por cuanto es el reato que más pone en evidencia la transformación del modelo de Estado; la nueva lectura de esta conducta punible es compatible con el paso del Estado de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho. La prevaricación también da cuenta de manifestaciones de corrupción, toda vez que instituciones jurídicas son utilizadas para propiciar desequilibrio y desigualdad. El ejemplo más palpable de ello es la tutela; innumerables investigaciones y juicios penales se adelantan en la actualidad en contra de jueces por decisiones de tutela presuntamente prevaricadoras.

Ya cuando SÁNCHEZ TEJERINA calificaba a la prevaricación como el gran pecado de los tiempos modernos, lo hacía sobre la consideración de que este delito conduce a que se pierda la confianza en la justicia y eso es lo peor que le puede pasar a un pueblo¹.

La corrupción es un fenómeno multidimensional, en el que se involucran aspectos morales y éticos y refleja los valores introyectados en una determinada sociedad. En nuestro sentir, la corrupción es un flagelo que afecta la estructura misma de un modelo de Estado en cuanto implica una conducta o conjunto de comportamientos que van en contravía de los fines y principios que orientan y sirven de sustento al ejercicio cabal de la función pública. La corrupción niega la pretensión del interés general sobre el particular como fin del modelo de Estado. Este fenómeno impide que el Estado garantice la moralidad y la transparencia que le son consustanciales en la tarea del manejo de los recursos públicos.

El fenómeno de la corrupción supone una interacción entre el sector privado y el sector de lo público, en la que se hace prevalecer un interés egoísta y mezquino sobre el interés general. De esa manera se produce un desequilibrio que afecta las bases mismas del Estado.

Para analizar el nuevo sentido que el modelo de Estado le otorga al delito de prevaricato, es menester conocer las características de esta forma de Estado. Ellas van a tener una incidencia directa en la configuración de este reato.

1. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO²

En el papel que juega en nuestra Constitución, el modelo de Estado implementado o consagrado en ella, no es una simple regla de solución del caso, sino que es mucho más que eso, es un marco de directrices y orientaciones de comprensión de relevancia jerárquica para otros principios y reglas constitucionales, que por su condición de

1 Cfr. Citado por RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA. *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 112.

2 El origen de la fórmula es bastante preciso. Arranca del constitucionalismo alemán occidental posterior a la Segunda Guerra Mundial; es utilizada por primera vez en las constituciones de algunos *Länder* (Baden-Württemberg -23-1-, Baviera -3.1-, Bremen -65-, Hamburgo -3.1-) y queda consolidada con su incorporación a la Ley Fundamental de Bonn, que la emplea en dos momentos singularmente importantes: en el artículo 20.1, al definir a la República Federal de Alemania como un Estado “federal, democrático y social”, delimitando con ello lo que la doctrina de aquel país define como principios estructurales del sistema constitucional, y en el artículo 28, en el que al precisar uno de los principios básicos del Estado Federal, cual es de la necesaria correspondencia entre el orden constitucional de los Estados miembros y el de la Federación, afirma que “el orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social”. Cfr. PÉREZ ROYO, JAVIER. *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 196.

principio nuclear del sistema constitucional exige ser invocado como un todo, esto es, en la unidad de las partículas o elementos configuradores, y aplicado mediante un juicio de ponderación de carácter positivo que profile las soluciones a los conflictos y colisiones de bienes y principios constitucionales.

Precisamente del reconocimiento de esa fórmula Estado Social y Democrático de derecho como principio nuclear, la doctrina le otorga los siguientes efectos jurídicos:

Primero, su posición axial en el ordenamiento, lo que le permite marcar directrices de entendimiento con notable generalidad; segundo, la exigencia de utilizar la fórmula como unidad, en tanto es precisamente por la interacción de sus elementos por lo que adquiere su *status* de nuclear, y tercero, que al ser la noción definidora de la Constitución colombiana, obliga a reconsiderar el ordenamiento a partir de los momentos estatales y valores que su enunciado completo comprende³.

La principal consecuencia de la proclamación de Colombia como Estado Social de Derecho, que hace nuestra Constitución en su artículo primero, consiste en el reconocimiento de una esfera prestacional en la Carta en favor de los asociados; con ello la fórmula le da prevalencia a lo material, potenciando como tarea del Estado la realización de los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, el Estado sigue siendo de Derecho, lo que demarca que sus atribuciones y deberes deben ser respetuosas del principio de legalidad, por lo tanto debe ser un Estado garantista del individuo frente al poder, el Estado tiene unos límites en el Derecho, pero es también un Estado Social, lo que significa que entre sus principales cometidos está la promoción del bienestar social de los asociados y de manera intensificada con la de aquellos en especiales condiciones de desigualdad. Pero, además, es democrático, por tanto debe propiciar la activa participación del pueblo en las decisiones que adopta, en condiciones de igualdad.

Importa destacar que el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado⁴.

El factor común, de indudable trascendencia, entre aquellas diversas posturas que explican la fórmula del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, alude a la relación entre individuo y sociedad. Motivo por el cual esta fórmula ha de ser interpretada como una norma definidora y delimitadora de los fines que incumben al moderno

3 Con referencia a la Constitución española así se pronuncia COSSIO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN, en *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

4 Sentencia T-406 de junio 5 de 1992. M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

Estado, que obliga y justifica al legislador a actuar en términos de configuración social. Conforme con ello, la misión primordial del Estado Social y Democrático de Derecho está ante todo dirigida a asegurar el mínimo existencial de cada persona; para ello será indispensable procurar unas relaciones sociales cada día más justas.

El Estado Social de Derecho es, como ha dicho HUBER, un Estado orientado al bien común; y como lo ha resaltado ERNESTO BENDA, es un Estado al que compete salvaguardar los valores constitucionales, superar racionalmente los conflictos sociales, compensar los intereses individuales y de grupo, proteger a los necesitados y prever los problemas del porvenir. Denominador común de todos estos objetivos es la misión, cada día definida de nuevo y adaptada continuamente a las circunstancias, de los problemas a resolver, de esforzarse por compensar los intereses en litigio⁵.

Resulta evidente la importancia que en el concepto de Estado Social de Derecho tiene la comunidad como tal, al punto que la Corte Constitucional hubo de resaltar lo siguiente:

En el Estado social de derecho la función normativa se remite a la comunidad comoquiera que ella esencialmente se contrae a la interpretación del mismo devenir social y no puede por lo tanto originarse en la exclusiva voluntad, separada, omnímoda y discrecional de una instancia política. Si bien el legislador es uno de los más importantes y activos sujetos del proceso de interpretación que subyace a la formación del orden social, no es el único. A este proceso concurren todos los miembros de la sociedad y los restantes sujetos públicos que como operadores jurídicos armonizan e integran sus puntos de vista con los del legislador, a partir del reconocimiento de su autonomía e independencia cognoscitiva. La actualización de la ley no se da en abstracto sino sobre la base de una multitud de momentos, definiciones y decisiones que protagonizan los sujetos públicos y las personas, cuya conducta a su turno condiciona y precisa el significado mismo de sus prescripciones. De otra parte, el orden social justo, fin esencial del Estado, se forma a partir de las contribuciones provenientes de las diferentes fuentes, las cuales desde esta perspectiva material, no se ordenan según una escala de jerarquía formal sino en razón de su aporte efectivo a la causa de justificación⁶.

A pesar de esa consideración benévola de la fórmula, una fuerte corriente doctrinal la considera desafortunada, al punto que la califican de absurda e imprecisa por cuanto los elementos vinculados a ella, para su configuración, se pueden repeler y resultar incompatibles en su vinculación unos con otros.

5 BENDA, ERNESTO. *Manual de Derecho Constitucional*, Barcelona, Marcial Pons.

6 Sentencia C-301, 2 de agosto de 1993. M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

PÉREZ ROYO sostiene por ejemplo que la fórmula social de Derecho posee la rara cualidad de combinar en tan solo cuatro palabras dos de las figuras literarias menos apreciadas en el mundo del derecho: la imprecisión y el pleonismo. “En realidad, la fórmula no puede ser más absurda, ya que difícilmente se pueden encontrar dos fenómenos más ‘sociales’ que el Estado y el Derecho. Mejor dicho, dos fenómenos que no pueden ser más que sociales. En consecuencia, utilizar el término ‘social’ para definir un determinado tipo de Estado y de Derecho es literalmente un sinsentido”⁷.

Por tanto, la fórmula Estado Social y Democrático de Derecho que implanta nuestra Constitución Política de 1991 propicia desde el punto de vista de teoría constitucional cierta incompatibilidad entre el significado y los efectos de los elementos que la integran en su sistemática.

Como bien lo destaca COSSIO DÍAZ, mientras que con el Estado de Derecho se quiere desplegar una idea de libertad al margen de actuaciones estatales, el Estado Social requiere de ellas para superar determinadas desigualdades. Es por esto que la actuación a partir de una sola cláusula puede significar la disminución o anulación de la restante. Igualmente, la elevación de cualquiera de estas cláusulas a un carácter absoluto genera una situación de parálisis en el ordenamiento al no poderse restringir ninguna de ellas por la extensión de otra. Es precisamente en este contexto en el que MORTATI afirmaba que la contraposición en términos de irreductibilidad entre estas dos formas de Estado se hace descansar necesariamente en la absolutización de una frente a otra, al punto de exaltarla a modelo ideal⁸.

Es verdad que la vinculación entre los componentes que hacen parte de la fórmula puede dar lugar a cierta dicotomía, pues mientras que la partícula de lo social se ocupa de la realización de la igualdad en sentido material del disfrute, garantía y respeto de los derechos fundamentales del individuo, el elemento Derecho, que también integra la fórmula, apunta a la realización de la libertad de la persona en una doble visión: de una parte, la posibilidad de desenvolvimiento de los miembros de la sociedad, y por otra, la restricción en las atribuciones de los órganos del Estado en lo que alude a su actuación en la sociedad.

La restricción de las atribuciones que los órganos del Estado ejercitan en la sociedad, presupone cierta limitación en las actuaciones del Estado, evitando abusivas injerencias por parte de este en las libertades ciudadanas. Ello supone, entonces, la preponderancia de la garantía libertad sobre otras opciones que también constituyen misiones del

7 Cfr. PÉREZ ROYO, JAVIER. *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 201. Sigue sosteniendo este autor: “Ahora bien, si la fórmula es absurda, el problema al que hace referencia no lo es. Todo lo contrario. Con dicha fórmula lo que se viene es a sintetizar, de manera no muy afortunada, lo que diferencia al Estado democrático posterior a la Primera Guerra Mundial de su forma de manifestación anterior a lo largo de todo el siglo XIX”.

8 Cfr. COSSIO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN. *Estado social y derechos de prestación*, op. cit., pp. 36 y ss.

Estado de Derecho, como lo son: supremacía del principio de legalidad y tridivisión de poderes, en el que se predique un recíproco control y equilibrio de estos.

En la medida en que los tres elementos (Social, Democrático y Derecho) conforman la cláusula y ella no puede mantener esa dicotomía que suscitan sus elementos individualmente considerados, o interpretados de forma dispersa a partir de sus funcionalidades, se hace necesario utilizar de forma adecuada una figura que funciona como pilar para la realización de los cometidos de ese modelo de Estado; se trata del principio de dignidad humana, principio nuclear del ordenamiento jurídico que posee la materia para unificar y matizar los efectos de cada uno de los elementos configuradores de la fórmula.

De ahí que pueda afirmarse, sin hesitación alguna, que el principio de dignidad humana representa el fundamento y límite del orden jurídico-político del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, principio que además tiene la virtud de relativizar los calificativos de esa impronta acogida por nuestra Constitución Política de 1991.

Resulta acertado, como lo sostiene gran parte de la doctrina constitucional española, manifestar el sentido medial que tienen en esta forma de Estado los valores de igualdad y libertad, en favor de un concepto inmanente y trascendente como lo es el principio de dignidad humana.

Todo ello hace necesario que la fórmula sea interpretada y aplicada, guardando un especial equilibrio en los contenidos de cada uno de los elementos configuradores de la cláusula, pues se impone la idea de que el principio Estado Social y Democrático de Derecho y los valores superiores que propugna constituye hoy día una unidad indisoluble.

Por tanto, la consolidación y funcionamiento de la fórmula implican de suyo varias opciones de desarrollo, tales como que en el futuro los poderes públicos a partir de técnicas provenientes del Estado de derecho promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos se realicen materialmente.

De esa misma manera, la actuación impuesta por la Constitución a los órganos públicos, lejos de circunscribirse a abstenciones, significa prever la prosecución de metas colectivas. La finalidad protectora del Estado de derecho no ha desaparecido, solo que ahora debe aportar el conjunto de sus métodos a la realización de nuevos objetivos⁹.

Desde estas aristas, tenemos, en lo que aquí interesa, que el Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza, en el plano jurídico, fundamentalmente, por estas cuatro cualidades:

9 Cfr. *Ibíd.*, p. 37.

– La forma de razonar el derecho ha variado con el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho. La importancia de los principios constitucionales como fundamento de los derechos fundamentales y de estos de los bienes jurídicos objeto de protección penal, representa una mayor discrecionalidad judicial, como consecuencia de ello una especial intervención de la función jurisdiccional en los procesos de configuración del ordenamiento jurídico.

– El juez goza de una mayor potestad en la tarea de interpretación y aplicación del derecho, al punto que se le ha considerado como el cerebro de la ley. Su función no se limita simplemente a subsumir hechos en normas, sino que va más allá al punto que debe propender a que el resultado de su interpretación se ajuste al máximo a los fines del ordenamiento jurídico y a la justicia social. La función jurisdiccional se ha transformado toda vez que los jueces en general fungen, en el mismo sentido que la Corte Constitucional, como garantes de la primacía de la Constitución sobre las demás normas y de la realización de los derechos fundamentales, a través del control difuso de constitucionalidad y de la acción de tutela. Ello pone de manifiesto un aspecto importante de la denominada Constitucionalización del ordenamiento jurídico.

– Este modelo de Estado ha traído consigo una importante variación en el plano de la eficacia del derecho que ha supuesto el paso y la superación de una teoría de las fuentes elaborada a partir de criterios jerárquicos, como lo impuso KELSEN, a una nueva sistemática que se expresa en una relación de coordinación entre las mismas. La fuente principal del derecho deja de ser la ley, para asumirla la Constitución. Por su parte, la jurisprudencia como producto de esa facultad creadora del juez deja de ser un criterio auxiliar para convertirse en norma jurídica vinculante. Los principios constitucionales se erigen en valores normativos que priman sobre las restantes disposiciones del ordenamiento jurídico (visión fuerte del concepto de principio).

– En ese sistema de fuentes del ordenamiento jurídico ocupa especial importancia el concepto de bloque de constitucionalidad, que, como dice UPRIMNY YEPES,

es entonces un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales –esto es, con fuerza constitucional– son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales –esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional–. Por ende, el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de Constitución escrita y con la supremacía de la misma, por cuanto es por mandato de la propia Constitución que normas que no hacen parte de su articulado comparten su misma fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha ordenado [...] el bloque de constitucionalidad tiene ciertas ventajas y potencialidades democráticas, ya que permite que la Constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos di-

rectamente en el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden llegar a adquirir una enorme importancia¹⁰.

El delito de prevaricato en Colombia, tanto por acción como por omisión, en su versión judicial y administrativa, en su redacción típica, se matricula a la filosofía positivista que caracterizaba al Estado de Derecho, en la que en el sistema de fuentes del derecho se le reconocía, desde el punto de vista de su eficacia, mayor trascendencia a la ley.

En efecto, en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 se consagra el delito de prevaricato por acción, bajo el siguiente tenor literal:

Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en [...]

Artículo 414. Prevaricato por omisión. El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá [...].

El injusto típico del prevaricato por acción se valora a partir de la comparación entre la decisión del servidor público y el sentido de la ley, predicándose la configuración del reato al concluirse que aquella era manifiestamente contraria a esta.

Por su parte, el injusto del prevaricato por omisión se edifica a partir de no realizar el servidor público lo que la ley le ordena.

La nueva realidad jurídica impuesta por el modelo Estado Social y Democrático de Derecho obliga a replantear el injusto de estos delitos.

En efecto, a partir del nuevo sistema de fuentes, como lo destaca ESTRADA VELEZ,

El paso de la jerarquía a la coordinación exige una reconceptualización de la unidad normativa con la cual debe trabajar todo operador jurídico y, en especial, el funcionario jurisdiccional [...] Desvirtuada la sabiduría del legislador, la claridad de su producto –la ley–, desvelada su, en ocasiones, incoherencia con los fines pretendidos por el ordenamiento y ante la necesidad de ver en el derecho, más que una jerarquía de normas, un sistema de coordinación entre las mismas en relación constante con otros sistemas sociales, se impone una perspectiva del derecho que permita el mantenimiento de las características del

10 Cfr. UPRIMNY YEPES, RODRIGO. *Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y nuevo procedimiento penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, 2006, pp. 23 y 24.

ordenamiento a partir de los principios jurídicos como normas que optimizan la ley y a la vez procuran alcanzar la plenitud y coherencia del ordenamiento¹¹.

El efecto que en el ordenamiento jurídico produce el nuevo sistema de fuente, es puesto de presente por PRIETO SANCHÍS, quien destaca:

La pluralidad de fuentes representa no solo un golpe mortal para el legalismo estatalista, sino que obliga también a replantearse en otros términos la idea de unidad que ya no puede lograrse a través de un sistema jerarquizado y escalonado, sino que precisamente intenta reconstruirse a partir de la Constitución como expresión de un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material o sustantivo y, sobre todo, procedimental, donde han de coexistir distintas concepciones de la justicia¹².

Por tanto, la nueva realidad jurídica impuesta por el actual modelo de Estado obliga a replantear el injusto del delito de prevaricato para no configurarlo a partir de la comparación de la decisión con la ley, sino con los valores y principios constitucionales que determinan un nuevo sistema de fuentes que expresan “un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material, donde coexisten diversas posturas acerca de la justicia”.

En ese sentido, no habrá prevaricato por acción cuando la decisión del servidor público se aparta ostensiblemente de la legalidad, sino cuando ella se opone radicalmente al valor justicia, al sentido de justicia que debe acompañar a esa resolución, dictamen o concepto.

Si el juez se aparta de una ley que impone una restricción o limitación a un derecho fundamental, y su decisión es materialmente justa, no puede hablarse de una providencia prevaricadora.

Muchas veces se hace coincidir la justicia en la conformidad con la ley, sin embargo lo correcto es que la ley sea conforme con la justicia. Desde 1932 RADBRUCH se opuso a la aplicación de leyes positivas que fueran en contravía del valor de la justicia.

El concepto de *plus de antijuridicidad*. Este término es usado por la doctrina del derecho comparado, como matiz referido a la determinación del grado máximo de injusto de una decisión para calificarla como prevaricadora. En este ensayo la usamos para expresar parámetros tendientes a establecer cuál es el sentido del valor justicia que se protege con el delito de prevaricato. Lo que se pretende es ofrecer precisos límites que

11 ESTRADA-VÉLEZ, SERGIO. “La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad”, en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, n.º 121, julio-diciembre de 2010, pp. 96 y 97.

12 *Ibídem*, citado por ESTRADA-VÉLEZ.

nos lleven a definir el marco de objetividad del juez o del servidor público que adopta una decisión, que identifiquen su racionalidad, su plausibilidad o por el contrario indiquen su total apartamiento de ese valor.

La justicia no es un valor que solo interese al campo de lo jurisdiccional, a los jueces, sino a toda la actividad de la función pública y, en especial, a la función administrativa. Por esto es afortunada la expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA cuando afirma que “la justicia administrativa es una justicia de tutela de derechos e intereses legítimos”, “el contencioso no es, en modo alguno un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de los derechos del recurrente y los de la Administración (esta, predominantemente, potestades en lugar de derechos) entre sí confrontados”¹³.

El nuevo sistema de fuentes impregna a todo el ordenamiento jurídico y a toda la actividad administrativa; se ha producido de esa manera una especie de jurisdiccionalidad y constitucionalización de toda la función pública. Ello es palpable en sistemas como el nuestro en el que la denominada excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de control difuso de constitucionalidad se les encomienda a todos los servidores públicos.

Cuando el artículo 2.º de la Constitución establece como fin esencial del Estado asegurar la vigencia de un orden justo, está significando que los instrumentos formales de ese Estado, entre ellos la Ley, deben estar encaminados a hacer posible, adecuada y pacíficamente, la convivencia social mediante el establecimiento del orden.

2. EL CONCEPTO DE JUSTICIA

Hasta lo expuesto queda clara nuestra posición en el entendido que si bien el principio de tipicidad y de legalidad de la imputación, en sede del prevaricato, impone la comparación entre la decisión cuestionada y la ley, el nuevo sistema de fuentes del derecho, derivado del Modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, implica que tal análisis deba ir más allá y solo pueda afirmarse la configuración de este delito cuando esa decisión sea injusta.

13 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed. ampliada, Madrid, Civitas, 1989, p. 60. Destaca este autor: “Alrededor de la legalidad han surgido, por una parte, todas las nuevas formas organizacionales de la Administración, las nuevas técnicas normativas, el desarrollo (imprevisto en la teoría revolucionaria) del reglamento, las leyes ya no generales según el dogma revolucionario, sino las *leggi provvedimenti*, que me parece que es como dicen ustedes en Italia, o las *Massnahme-Gesetze* en Alemania; la aparición de una supralegalidad constitucional, que es ya cuestión de este siglo, incluso en nuestros dos países de esta segunda posguerra, con la pequeña excepción, pequeña en el tiempo, de nuestra Constitución republicana, y la complejificación —realmente inaudita— del sistema de fuentes con el desarrollo de los ordenamientos infraestatales y la aparición de fuentes supranacionales como consecuencia de la integración europea; en fin, la afirmación de los principios generales del Derecho...”.

Por ello se recomienda, como sucede en otras latitudes, que en la descripción de este reato la calificación de la resolución, el acto o el dictamen no se haga respecto de la ley, sino que esté referido a la calificación de injusta de esa decisión.

En efecto, el artículo 404 del Código Penal Español, que regula el delito de prevaricación de funcionario público, expresa:

A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su *injusticia*, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años (cursivas fuera del texto).

En el artículo 446 se contempla el delito de prevaricación judicial:

El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución *injusta* será castigado:

1º. Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se tratara de sentencia *injusta* contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2º. Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia *injusta* contra el reo dictada en proceso por falta.

3º. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución *injustas*. (Cursivas fuera de texto).

Desde nuestra postura, sin embargo, a pesar del hecho de que la ley no lo diga así, de todas maneras el juez que valora la conducta del procesado por este delito, debe no referir su análisis a la simple legalidad sino, sobre todo, al carácter de injusticia de la decisión.

Hay que reconocer que la expresión injusta como calificativo de la decisión trae consigo muchas complicaciones, evidenciadas también en el derecho comparado en cuyos estatutos penales se la incluye, por el carácter difuso de la misma; sin embargo, ello no puede ser óbice para no ajustar el ordenamiento jurídico a las nuevas realidades normativas.

A este respecto, acertada es la postura de JUAN LLAMBÍAS DE AZEVEDO, cuando sostiene que el hecho de

que existan opiniones divergentes sobre el concepto de justicia, lejos de demostrar que no hay idea de justicia, prueba, por el contrario, que la hay, y que los hombres intentan dilucidar su verdadera esencia. Sería, por cierto, una argumentación evidentemente errónea aquella que, partiendo de la situación indiscutible de que hay distintas opiniones sobre la esencia de la vida: que unos son mecanicistas, otros organicistas y otros vitalistas, concluyera que no existen la vida ni los seres vivos¹⁴.

La actual regulación del delito de prevaricato se identifica con la denominada justicia legal, en virtud de la cual el sentido de justicia se obtiene por la aplicación directa de la ley. En ese sentido, la ley sería el instrumento normal y adecuado del que dispone el juzgador para resolver el caso concreto.

La justicia legal es dar a cada cual lo que le corresponde en los términos que lo determina la ley. Sus rasgos característicos son: la generalidad que no afecta a su esencia, su especialidad, su obligatoriedad y su finalidad dirigida al bien de la comunidad. En concreto, se suele indicar que por justicia legal se entiende aquella que el juez imparte *secundum legem*.

En contraposición a esa justicia legal, existen otras clases de justicia.

2.1 Clases de justicia

2.1.1 Justicia subjetiva

Conforme con esta modalidad de justicia, existirá el injusto del prevaricato cuando la decisión proferida por el servidor público va en contravía de su propia convicción jurídica.

En esta modalidad de injusticia resulta indiferente para la configuración del delito el hecho de que la decisión censurada sea o no objetivamente contraria a derecho.

Con ella no se busca evitar que se profieran decisiones objetivamente incorrectas, sino que el servidor público resuelva el asunto sometido a su rol funcional en contra de su propia convicción acerca de lo que es justo para el caso concreto.

Existirá una decisión injusta y por tanto prevaricadora cuando el juez declara como cierta una situación fáctica o conforme con derecho, cuando, según su convicción, ni es verdadera ni tampoco es ajustada a la ley.

14 Cfr. Citado por TORAL MORENO, JESÚS. *Ensayo sobre la justicia*, 2ª ed., México, Jus, 1985, pp. 23 y ss.

Esta forma de concebir la justicia estaría soportada en dos ideas: una primera, en que no existe una concepción objetiva del derecho, pues todo en este ámbito es discutible. No existe en el campo del derecho forma de determinar con certeza de manera indubitable qué es lo objetivamente justo y lo objetivamente cierto. La segunda idea estaría referida al sistema de valoración de la prueba, pues los sistemas procesales modernos encuentran en la libre convicción judicial la forma adecuada y correcta para valorar los hechos y el derecho.

Las principales críticas que se le formulan a esta postura se asientan en que con ella se convierte al delito de prevaricato en un delito de conciencia, sin tener en cuenta para nada el sentido objetivo del bien jurídico afectado.

Además, esta concepción se opone al principio nuclear del Estado Social y Democrático de Derecho, en virtud del cual los jueces y los servidores públicos están prioritariamente sometidos al derecho y su tarea es esencialmente la de la realización del derecho objetivo.

Las convicciones éticas, morales, religiosas y políticas del servidor público prevalecerían sobre el derecho, con lo cual se genera una clara inseguridad jurídica, de manera tal que los ciudadanos quedaríamos sometidos al ánimo y a la personalidad del juez, y no al sentido objetivo del derecho.

2.1.2 La justicia objetiva

Para esta teoría se configura el prevaricato cuando el servidor público resuelve el asunto sometido a su estudio contrariando lo que objetivamente expresa el derecho.

El tipo objetivo de la prevaricación residirá en que la decisión del juez se aparta de lo que el derecho expresa de forma evidente. La decisión es prevaricadora cuando no consulta las prescripciones de la ley.

La forma en que generalmente se predica el carácter de prevaricadora de la decisión está en que se resuelve el asunto aplicando una norma incorrecta o se hace una interpretación equivocada de la norma, frente a una ley que es clara e inequívoca.

Principal dificultad encuentra esta concepción en delimitar de forma uniforme y clara el criterio que permita identificar cuándo la decisión es objetivamente injusta o no. Sobre todo en un sistema jurídico en el que el juez goza de un alto componente de discrecionalidad en la aplicación de la ley, al punto que se le califica de creador de derecho. RAMOS TAPIA destaca:

de ahí que los partidarios de la tesis objetiva se encuentren con dificultades tanto para delimitar el ámbito de aplicación de la prevaricación judicial en todos aquellos casos en los que el juez debe aplicar normas de significado múltívoco

o ejercitar potestades discrecionales, como para distinguir entre la resolución cuya contrariedad a Derecho puede subsanarse por la vía de los recursos y aquella otra en la que la contrariedad a Derecho debe calificarse como injusta a efectos del delito de prevaricación. En cada uno de estos ámbitos la teoría se encuentra con obstáculos que, para ser superados, obligan a recurrir a excluir del ámbito de la prevaricación todas las resoluciones que se mantengan dentro de lo teóricamente defendible, con lo que el tipo queda en la práctica reducido a la infracción de normas unívocas, o a acudir a ulteriores criterios en la determinación de la injusticia no siempre coherentes con el punto de partida de la teoría objetiva¹⁵.

En suma, la teoría objetiva de la justicia va en contravía de una de las misiones esenciales del juez en el Estado Social y Democrático de Derecho, la interpretación de la ley y la posibilidad de creación del derecho, de adaptarlo a la realidad social y, por supuesto, de dejar de aplicar una ley cuando la misma sea injusta o atente contra derechos fundamentales de los asociados.

2.1.3 La justicia material

Esta postura parte de la idea de que la injusticia de la sentencia no puede ser resuelta a partir de criterios formalistas, sino en virtud de presupuestos jurídicos materiales.

De ahí que, como lo resalta GUIDI CLAS, el concepto de injusto del prevaricato

no puede confundirse ni con lo legalmente correcto, pero materialmente injusto (por ejemplo por desproporcionado), ni con lo legalmente incorrecto, pero materialmente justo (ejemplo, ordenar una detención y prisión de quien ha realizado un acto contrario a un bien jurídico, pero que, por un fallo de la ley, es atípico). Ninguno de estos supuestos podría constituir prevaricación por faltar el paliativo de injusticia formal y material, aparte de necesitar además que el juez fuera consciente de ello¹⁶.

15 Cfr. RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA. *Op. cit.*, p. 289. En torno al problema de la delimitación del criterio objetivo para asignarle el carácter de justo a una decisión, la autora agrega: “Así se dice de esta teoría que es de fácil aplicación sin que plantee excesivos problemas en todos aquellos casos en los que la ley sea clara y no admita (racionalmente) más que una interpretación. Sin embargo, esos casos son ciertamente excepcionales, en cuanto que prácticamente ninguna norma es inequívoca y la labor interpretativa se hace necesaria, incluso respecto de aquellos términos descriptivos que parecen no dar lugar a dudas o a la diversidad de interpretación. De ahí que el criterio de la corrección de la decisión judicial se torna enseguida problemático en la gran mayoría de los casos en que existen varias posibilidades de interpretación de la norma, con las cuales puede llegarse a distintas soluciones razonables. La cuestión surge con especial intensidad en aquellos casos, pero no solo en ellos, en que el legislador utiliza conceptos jurídicos indeterminados o, en el campo del Derecho Penal, cuando se emplean en la redacción de los tipos elementos normativos de necesaria valoración judicial”.

16 Cfr. GÜIDI CLAS, ELISA MARÍA. *La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado*, Barcelona, J. M. Bosch, 2006, p. 227.

En el ámbito colombiano, de acuerdo con nuestro modelo de Estado Constitucional, resultan totalmente aplicables las palabras de la autora en cita, cuando indica:

Así pues, el baremo de evaluación de la injusticia debe cimentar su base en la Ley, pero no en una normativa abstracta y formalista, sino en el propio sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, revestida de un contenido material y tras haber experimentado un esmerado proceso de interpretación, sin perjuicio, evidentemente, de reconocer la multiplicidad de las normas positivas y, por lo tanto, la posibilidad de plurívocas soluciones justas¹⁷.

Para que una decisión sea justa materialmente, debe reunir los siguientes presupuestos, lo que implicaría que, ante la presencia de los mismos, no pueda ser calificada de prevaricadora. Estos presupuestos vienen impuestos por el modelo de Estado, la Constitución y el papel de los servidores públicos y los jueces en el Estado Constitucional.

– En lo que concierne al ser humano que adopta la decisión, MALEM SEÑA se ha cuestionado acerca de que sí podrían ser las malas personas buenos jueces, concluyendo lo siguiente:

Si la función del juez es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aplicando la Constitución, el sistema de fuentes y los valores contenidas en ellas que sean compatibles con la ética crítica, resultaría que para ser un buen juez, desde el punto de vista técnico, debe resolver los conflictos que competencialmente conoce imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester. Las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían entonces inaceptables, y de ninguna manera podrían ser invocadas o utilizadas en ningún caso. Una mala persona definida en términos de su rechazo a este sistema de valores políticos no podría ser en ese sentido un buen técnico como juez¹⁸.

Para ser un buen juez o un buen servidor público no resulta suficiente con poseer conocimientos jurídicos y funcionales y destrezas argumentativas. Es además

17 Cfr. *Ibidem*, GÜIDI CLAS..., pp. 227 y 228.

18 Cfr. MALEM SEÑA, JORGE F. “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, en *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, compiladores MIGUEL CARBONELL, HÉCTOR FIX-FIERRO y RODOLFO VÁSQUEZ, México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. Importa destacar que este autor concibe el concepto de mala persona asentando que “... es parasitario de un conjunto de normas, puede ser interpretado como dependiente de la moral social o de la moral crítica. Una ‘mala persona’ definida en atención exclusivamente a consideraciones morales positivas del momento tiene un serio inconveniente, y es que hace depender la valoración ética de aspectos que pueden basarse en prejuicios de distintos tipos o en principios que colisionan claramente con principios constitucionales bien asentados. Y no conviene olvidar que no es función de los jueces refrendar con su comportamiento y menos aún con sus sentencias la moral social vigente, y que no en pocas ocasiones los jueces deben decidir en contra de las valoraciones sociales vigentes porque así lo demandan los valores constitucionales”; pp. 55 y 56.

imprescindible una adecuada dosis de prudencia, una actitud de decencia, sencillez y humanidad y un claro sentido de la justicia.

– En la terminología de WRÓBLEWSKI, toda decisión jurisdiccional debe responder a la construcción de un razonamiento al que suele denominársele como de “justificación externa”, en el que la premisa principal sea la argumentación, con lo cual la justificación de las decisiones judiciales implica el uso de especiales estándares valorativos. Ello determina que en la motivación de la decisión resultan visibles y constatables dos características esenciales: por un lado, su racionalidad y, por otro, su razonabilidad. Criterios que se asientan en la lógica jurídica y que impiden que las decisiones que adoptan los servidores públicos sean arbitrarias o caprichosas. Las decisiones judiciales y administrativas deben señalar de manera suficiente los motivos en que se fundan, pues el presupuesto de su motivación está vinculado al derecho que tenemos los ciudadanos a obtener una efectiva tutela judicial, al principio democrático de nuestro modelo de Estado y en la exigencia de aplicación igualitaria del derecho.

– Las decisiones administrativas y judiciales deben responder a un determinado método jurídico lo suficientemente racional, que necesariamente consulte los principios interpretativos. Como bien lo destaca ORDÓÑEZ SOLÍS,

en la aplicación y en la interpretación del Derecho actual la revolución que ha supuesto la consideración de la Constitución como norma jurídica fundamental ha tenido una influencia decisiva en el empleo de los métodos de interpretación que mejor permiten acomodar el sentido y el alcance de las normas a los principios y valores constitucionales. Y esto es particularmente evidente en la concepción de los derechos fundamentales y de la relación que con los mismos tiene el legislador y el juez¹⁹.

– Todo acto administrativo y decisión jurisdiccional interlocutoria debe garantizar el contradictorio, debe pronunciarse acerca de las peticiones y solicitudes respetuosas que formulen los intervinientes. Tal pronunciamiento no significa, como se suele hacer en la práctica judicial, que se reproduce el contenido de la solicitud, pero no se contesta, no se incorporan en la decisión las razones de disenso o de aceptación de los planteamientos del peticionario. A este respecto, importa recordar las palabras de KLAUS TIEDEMANN, cuando asienta:

[...] es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión. La exposición del caso del inculpado sirve no solo al interés individual de este, sino también al hallazgo

19 Cfr. ORDÓÑEZ SOLÍS, DAVID. *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004, p. 93.

de la verdad. La meta procesal del esclarecimiento de la sospecha se alcanza en la mejor forma por medio de un proceso dialéctico, en el que se pongan a discusión aspectos inculpatorios y exculpatorios, así como argumentos y contraargumentos ponderados entre sí²⁰.

– La decisión debe valorar la prueba aducida al proceso. Mediante un análisis serio, ponderado y lo más completo posible, el servidor público debe emitir su criterio acerca del material probatorio que ha sido incorporado al trámite. La valoración de la prueba no es más que el uso adecuado del raciocinio judicial. El derecho de defensa en un trámite judicial o administrativo se materializa cuando el juez adopta su decisión, valorando la prueba, teniendo en cuenta sus implicaciones y dotando de contenido probatorio su determinación. Razón asiste a la Corte Constitucional al sentenciar:

Una de las formas, y a modo de ver de esta Corte de las más graves, de desconocer el debido proceso consiste en que el fallador al proferir sus providencias, funde sus decisiones sin realizar un completo y exhaustivo análisis de las pruebas, o sin la debida valoración del material probatorio allegado al proceso o, lo que es peor, ignorando totalmente su existencia. La práctica de las pruebas, continúa la Corte, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto de litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y complementarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado social de derecho²¹.

– En caso de conflicto entre principios constitucionales o entre derechos fundamentales está obligado el servidor público a acudir al método de la ponderación²², con el fin de

20 Cfr. TIEDEMANN, K. “El derecho procesal penal” (trad. JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER) en *íd. Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 184.

21 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-504 de 10 de septiembre de 1998. M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

22 BEADE identifica en la ponderación dos cuestiones básicas: “1. La ley de la ponderación que establece que, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Esta afirmación no consiste en una pauta material para solucionar la colisión de dos principios, sino un procedimiento para la justificación de la decisión. De esta manera la mera enunciación de que el principio colisionante sea poco importante no es suficiente. Para justificar este grado de afectación o de no realización se utilizan todos los argumentos disponibles en el marco de la argumentación jurídica. 2. El segundo paso consiste en llevar a cabo la ponderación propiamente dicha o ponderación en sentido estricto. Consiste en una comparación entre el grado de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y el grado de realización del principio constitucional que fundamenta la norma legal que se controla, para establecer una relación de precedencia condicionada entre aquel derecho y este principio. El resultado de la ponderación consiste en una relación de precedencia porque en ella se determina si el derecho fundamental o el principio constitucional deben adquirir prioridad en el caso concreto. Esa relación es condicionada porque la prioridad que se establece entre el derecho y el principio no vale de manera general, sino que está sujeta a las específicas

determinar cuál de ellos tiene la mayor jerarquía dinámica. Para ese menester debe tener en cuenta estas tres fases: Adecuación, en virtud de la cual se identifican los medios e instrumentos que resultan apropiados para la protección del derecho fundamental o el principio; Necesidad, define entre los medios identificados aquel que de mejor forma facilita la consecución del fin perseguido, y la Proporcionalidad en sentido estricto, que pretende que ese medio necesario guarde coherencia con el ordenamiento jurídico.

– En suma, una decisión correcta en el plano de la racionalidad y la ponderación, debe atender a un determinado método interpretativo, consultar las fuentes, seleccionar adecuadamente la norma, determinar su sentido, establecer los hechos del caso y las consecuencias jurídicas y, por último, la resolución del tema. La discrecionalidad judicial encuentra un límite serio en la ponderación y la racionalidad de la decisión, pues discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. Hay que recordar que la presencia de la discrecionalidad por parte del juez es una característica propia de nuestro modelo de Estado, por lo tanto la plausibilidad y la razonabilidad de la decisión descartan la configuración del delito de prevaricato. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia cuando ha expresado:

A fin de abordar la temática propuesta por los recurrentes es oportuno recordar que el delito de prevaricato por acción precisa de una resolución, dictamen o concepto –en este caso, una providencia judicial– ostensiblemente contraria a la legislación, es decir, que su contenido torna notorio, sin mayor dificultad, la ausencia de fundamento fáctico y jurídico, y su contradicción con la normatividad, de manera que rompe abruptamente la sujeción que en virtud del “imperio de la ley” (artículo 230 de la Carta Política) deben los funcionarios judiciales al texto de la misma, garantía que data de la revolución francesa en procura de evitar la arbitrariedad y el capricho de quien decide. [...] Tal ocurre, por ejemplo, cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno del texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito jurídico, v. g. por responder a una palmaria motivación sofística grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal. Con un tal proceder debe advertirse la arbitrariedad y capricho del servidor público que adopta la decisión, en cuanto producto de su intención de contrariar el ordenamiento jurídico, sin que, desde luego, puedan tildarse de prevaricadoras las providencias por el único hecho de exponer un criterio diverso o novedoso, de manera especial cuando abordan temáticas complejas

condiciones del caso concreto. Esto se define por la llamada ley de la ponderación que ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional alemán y estructurada teóricamente por ALEXY”. BEADE, GUSTAVO A. “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de ALEXY y DWORKIN en relación con el caso de la ley de seguridad aérea alemana”, en *Desafíos a la Ponderación*, serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho, n.º 57, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 269 y 270.

o se trata de la aplicación de preceptos ambiguos, susceptibles de análisis y opiniones disímiles²³.

3. FUNDAMENTO DEL DELITO, NATURALEZA Y BIEN JURÍDICO TUTELADO

En Colombia por prevaricato debe entenderse el ostensible torcimiento del derecho. A partir de esa definición y el modelo de Estado Constitucional, establezcamos el fundamento de este reato.

3.1 La infracción de un deber institucional como soporte del delito de prevaricato

La postura que en este apartado defendemos se asienta en que con este tipo de delitos se trasgrede un deber extrapenal derivado de la posición jurídica que ocupan los servidores públicos en este modelo de Estado; entre esos servidores, compete a los jueces una especial tarea, la de asegurar la realización del derecho.

Para establecer el fundamento del ilícito en comentario, es preciso tener en cuenta que ROXIN estableció dos maneras de precisar la imputación de responsabilidad penal, dependiendo de la naturaleza de los delitos. En su concepción existen dos clases de delitos, los llamados delitos de dominio, caracterizados por cuanto el legislador describe de la forma más precisa la conducta punible, por lo tanto será autor de ellos, la persona que domina el hecho descrito en el tipo. De esa manera será autor de homicidio el sujeto que domina el hecho de matar.

ROXIN, sin embargo, explica que el dominio del hecho no es una categoría de delimitación de responsabilidad que predomine como un principio universal, pues existen delitos en los que el tipo exige una cualificación especial del agente, frente a los cuales el dominio del hecho no es el criterio acertado para identificar la autoría.

En estos delitos, en los cuales el tipo penal exige unas cualificaciones especiales del autor, el legislador no atiende para identificar la autoría simplemente a lo que hace el agente, sino especialmente al rol social especial que la ley le asigna.

A este tipo de delitos los denomina ROXIN delitos de infracción de deber, en los cuales el fundamento de la punición de la conducta reside en que el autor trasgrede los deberes que como portador de un rol social le competen.

23 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de septiembre del 2009. Radicado 31.331. M. P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

El criterio para fundamentar la responsabilidad en los delitos de infracción de deber no proviene del dominio externo de un resultado que modifica el mundo exterior, sino del quebrantamiento de un deber especial por parte del autor, por ejemplo el deber de debida custodia y administración de bienes públicos por parte de un funcionario público.

Para ROXIN, los delitos de infracción de deber son aquellos tipos penales en los que únicamente puede ser autor la persona que trasgrede un deber especial extrapenal que existía con anterioridad a la misma creación del tipo.

La posición de ROXIN, respecto de estas modalidades de delito, es resumida por JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES así:

a) Los conceptos de dominio del hecho y de infracción de un determinado deber existen como realidades previas ya conformadas, b) El legislador investiga, en el marco de sus reflexiones sobre la lesión de bienes jurídicos, si el contenido criminal de un delito se ve influido por una posición de deber y valora esta en relación a su influencia, c) En caso de que tal influencia se considere esencial, se opta por positivar un delito de infracción de deber, y de este modo, es formulado el tipo correspondiente, d) Por tanto, la existencia o no de un delito de infracción de deber se infiere de la interpretación del correspondiente tipo penal de la parte especial²⁴.

Esta categoría dogmática de delitos de infracción de deber es usada por JAKOBS, ya no solo para fundamentar la autoría en aquellos eventos de autores cualificados, sino además como fundamento de la punición de conductas, es decir, no solo sirven para identificar a un autor, sino que sobre todo sirven para ser el fundamento mismo de la existencia de cierto tipo de delitos.

En efecto, GUNTHER JAKOBS concibe dos formas de fundamentar la responsabilidad penal, diferenciando entre delitos de dominio o, lo que es lo mismo, delitos en virtud de organización, y delitos de infracción de deber o en virtud de una relación institucional. Los delitos de dominio se caracterizarían por cuanto el agente quebranta una expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización; con ellos lo

24 Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 34. Agrega este autor respecto de la explicación de ROXIN, acerca de los delitos de infracción de deber, lo siguiente: “En efecto, ROXIN señala que, puesto que en el delito de infracción de deber la base de la responsabilidad es la lesión de un deber específico, sería de todo punto irrelevante si la lesión se produce por acción o por omisión. Así por ejemplo, explica ROXIN que el que un funcionario público encargado de la custodia de un preso le ayude a fugarse incumpliendo su deber funcional mediante la acción de abrir la puerta cerrada o mediante la omisión de cerrar la que se encontraba abierta es absolutamente intrascendente para la tipicidad del delito de quebrantamiento de condena llevada a cabo por funcionario en favor de preso a su cargo”.

que se pretende es que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañadas otras personas.

Por su parte, en los delitos de infracción de deber institucional no se trata de sancionar conductas lesivas para un bien jurídico, sino que se produce el quebrantamiento de un deber especial por determinadas personas y solo es posible la autoría por estas personas cualificadas cuando infringen ese especial deber. La participación será posible siempre que quien se haya obligado por el deber especial, carece de elemento especial de autor.

En palabras del propio JAKOBS, la expectativa que se refiere a un deber especial no se deriva de la existencia actual de bienes, sino de la función que se le prescribe al autor para que se adapte a una institución. Si hay que esforzarse por obtener un concepto de bien jurídico, no se puede atender a las unidades funcionales ya existentes y a su aseguramiento, sino que como unidad funcional ha de definirse la institución que debe gestionar el autor. La institución solo es una unidad si está intacta, para lo cual, a su vez, el autor debe desempeñar su papel. La relación del autor no es precisamente negativa.

Este autor establece como instituciones básicas las siguientes: el matrimonio, la relación paterno-filial, la confianza especial, las relaciones estatales de poder, la función policial, la sujeción a la ley de la Administración Pública y de la administración de justicia como principio nuclear del Estado de Derecho.

En el pensamiento de este autor, en los delitos de infracción de deber, en los que incluye expresamente al prevaricato, la relación autor-bien jurídico no está determinada de manera negativa como un mero no afectación del mismo, sino de forma positiva, esto es, los jueces y los servidores públicos tienen como misión asegurar el debido funcionamiento de la administración de justicia y la administración pública. Por tanto, el injusto de este delito consiste no en la lesión del bien jurídico de la administración pública, sino en el incumplimiento de un deber del servidor público como garante institucional de ese interés jurídico.

En nuestro sentir, es factible fundamentar el injusto del prevaricato a partir de la categoría de delito de infracción de deber, en el sentido que lo hace JAKOBS, pero sin renunciar al concepto de bien jurídico, al que sí renuncia de cierta manera este autor.

En efecto, en el Modelo de Estado Constitucional que se nos impone por la Carta Superior, a todos los servidores públicos se les impone como función primordial la efectiva protección y realización de los bienes jurídicos. Especial importancia tiene entonces, en la fundamentación del ilícito, el papel que la Constitución asigna a los servidores públicos. Por lo tanto afirmamos, sin hesitación alguna, que aquella infracción del deber viene a constituir un elemento indispensable en la configuración del bien jurídico.

Con el delito de prevaricación judicial, el legislador pretende que el juez resuelva los problemas jurídicos con sujeción al Derecho; si no lo hace así, infringe ese deber y con

ello afecta principios a los cuales se encuentra vinculado, como lo son resolver con imparcialidad, garantizar la tutela judicial efectiva y respetar el debido proceso, entre otros, todos integrantes del bien jurídico de la administración pública.

Nuestro modelo de Estado es compatible con la jerarquización de los servidores públicos, siendo consustancial al mismo el reconocimiento al papel preponderante que tienen los jueces, al punto de ser denominado el Estado del Gobierno de los Jueces; esa razón hace conveniente y necesario el establecimiento del delito de prevaricación judicial, en nuestro ordenamiento jurídico, como delito autónomo que afectara el bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia, separándolo del delito de prevaricación administrativa. España y Alemania son, entre otros, países que establecen esta distinción, la que en nuestro sentir es afortunada.

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

El que el prevaricato judicial sea considerado como delito de infracción de deber en virtud de responsabilidad institucional, impone el efecto jurídico de limitar las modalidades de autoría exclusivamente a la autoría individual y directa del juez o magistrado.

La relación directa que tiene el juez, magistrado o funcionario judicial, de garantizar la recta y eficaz impartición de justicia, implica que solo sea posible la autoría directa y personal del agente, excluyéndose de esa manera la autoría mediata y la coautoría. Es por ello acertado indicar que el delito de prevaricación judicial es un delito de propia mano, pues el tipo penal presupone para su comisión la ejecución de un acto corporal de intervención personal, el proferir la decisión manifiestamente contraria a derecho.

El delito de prevaricación judicial únicamente admite la modalidad de comisión en autoría directa y personal de quien ostenta el cargo de juez o magistrado; ello es así por cuanto el juez es garante de la recta y eficaz impartición de justicia, por lo tanto debe cumplir con ese especial deber que le impone el actual modelo de Estado, de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento con sujeción exclusiva al ordenamiento jurídico y su sistema de fuentes.

La diferencia esencial entre delito de infracción de deber en virtud de responsabilidad institucional y delito especial propio es clarificada por la doctrina al indicar:

Lo que separa a la prevaricación de los delitos especiales propios en el ámbito de la autoría es la imposibilidad de comisión en autoría mediata, por supuesto por

parte de aquel que puede ser autor directo: el juez o magistrado. En efecto, en los delitos especiales propios existe una restricción de la esfera de autores, pero no existe restricción alguna en las modalidades de autoría: el sujeto cualificado puede realizar la conducta típica por sí solo (autoría directa), conjuntamente (coautoría) o a través de otro que actúa como instrumento (autoría mediata). Se admite mayoritariamente en la doctrina que es posible en tales delitos la autoría mediata por parte de un sujeto cualificado que utiliza a otro (cualificado o no) como instrumento, con independencia del criterio que se siga en la determinación de la autoría²⁵.

En nuestro país en el artículo 30 del Código Penal se regula la figura de quien participa en la comisión del hecho sin cumplir las condiciones especiales que exige un tipo especial, bajo la denominación del interviniente y haciendo parte de la disposición que se refiere a los partícipes, así: “[...] Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

Sobre esta disposición se ha pronunciado varias veces la Corte Suprema de Justicia, pero hoy domina la postura asumida por la Corporación, en proveído del 8 de julio de 2003, en la que asentó lo siguiente:

[...] Sin embargo, bajo el necesario supuesto de que en el delito propio los extraños, valga decir el determinador y el cómplice, no requieren calidad alguna, pues aquel no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesorio, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30, ya que si a estos no se les exige calidad alguna, valga decir que su condición o no de servidor público no tiene incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan, ningún sentido lógico tiene el que se les dispense un adicional tratamiento punitivo definitivamente más favorable precisamente por una calidad que resulta intrascendente en sus respectivos roles, en cuanto al determinador que no siendo servidor público, condición que para nada importa en el despliegue de la instigación, se le estaría rebajando la pena en una cuarta parte y al cómplice, cuya condición o no de servidor público tampoco comporta ninguna trascendencia en la ejecución del papel accesorio, se le estaría favoreciendo igualmente con una rebaja de esa proporción pero sumada a la que correspondería por su participación, prevista entre una sexta parte a la mitad.

Es que, siendo absolutamente claro el artículo 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial

25 Cfr. RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA. *Op. cit.*, p. 439.

que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.

Por eso, cuando dicha norma utiliza el término *intervinientes* no lo hace como un *símil* de *partícipes* ni como un concepto que congloba a todo aquel que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de *coautor de delito especial sin cualificación*, pues el supuesto necesario es que el punible propio solo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición, también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como *suya*, es decir como *autor*, es allí donde opera la acepción legal de *intervinientes* para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase.

Bajo los presupuestos de esta decisión, se puede concluir que la jurisprudencia de la Corte no diferencia entre delitos especiales propios y delitos de infracción de deber en virtud de responsabilidad institucional, pues entiende que todo delito con sujeto activo cualificado es un delito especial propio, frente a los cuales el *extraneus* que interviene en los mismos lo hace como *coautor de delito especial sin cualificación*.

Esta decisión no tiene en cuenta el grado y trascendencia del aporte del *extraneus* en la comisión del hecho, no repara en la posibilidad de la autoría mediata en el delito especial y simplemente tiene en cuenta los efectos punitivos, pasando por alto de esa manera las actuales discusiones dogmáticas al respecto.

Otra consecuencia, que surge en nuestro sentir de la consideración de la prevaricación judicial, como delito de infracción de deber en virtud de responsabilidad institucional, es, habida cuenta del principio de autonomía e independencia que rige a los jueces, la imposibilidad de la comisión de este reato en comisión por omisión. El ejemplo que trae la profesora RAMOS TAPIA, para apuntalar la posibilidad de la comisión por omisión en este delito, según el cual “cabría calificar de prevaricación en comisión por omisión la conducta del juez que, debiendo dictar un auto revocando una medida cautelar previamente adoptada (por ejemplo, la de prisión provisional), por no concurrir ya los presupuestos que legalmente la justifican, omite dictar dicho auto, manteniendo injustamente la medida cautelar”, nos parece que configura un prevaricato por omisión propia, mas no el cometido en comisión por omisión.

En cambio, respecto del prevaricato administrativo, no cabe la menor duda de la posibilidad de atribuirlo en comisión por omisión; el ejemplo más claro es en el tema de la delegación administrativa, pues en ella el delegante conserva los deberes de vigilancia, supervisión y control de la materia delegada.

Existe la necesidad en nuestro país de establecer el tipo penal autónomo del prevaricato judicial por acción y por omisión. Además, es necesario actualizar dicho tipo penal por cuanto en la actualidad, debido al establecimiento del denominado sistema acusatorio, el fiscal delegado no es autor idóneo del delito de prevaricato, puesto que, salvo el archivo de la indagación, no profiere resolución, dictamen o concepto. Por lo que, conforme a los principios de legalidad y tipicidad, cuando el fiscal solicita al juez de control de garantías una medida de aseguramiento ostensiblemente contraria a la ley, cuando presenta una acusación ilegal o impetra del juez de conocimiento una condena o absolución injusta, no se ajusta a la descripción de este delito. Decir que lo que hace es emitir un concepto, para poderle atribuir este delito es forzar el principio de tipicidad. Es imperioso, por tal motivo, seguir la línea del derecho comparado, en especial el derecho penal alemán, en el que se establece en este tipo como autor a todo funcionario que en la dirección de un proceso tuerza el derecho. Resulta claro que las fases de indagación y de investigación son dirigidas por el fiscal del caso.

Además de estos temas, existen otros complejos, que respecto del prevaricato es obligatorio emitir nuestra posición:

3.2 Prevaricato con dolo eventual

De manera reiterada, la jurisprudencia penal ha sido del criterio de la imposibilidad de imputar el delito de prevaricato por acción con dolo eventual, sosteniendo que solo es posible atribuirlo con dolo directo. Al efecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

[...] No exige el prevaricato un determinado resultado y siendo ello así, el dolo eventual deviene incompatible con la naturaleza de dicho delito, lo contrario sería pretender que en todo proferimiento de una decisión fuera implícito el riesgo de que resulte contraria a derecho y que si tal posibilidad se aceptare, se estuviera ante un dolo eventual.

Por la naturaleza del delito, en cuanto de mera conducta, implica que, quien en él incurre, profiere un dictamen o resolución con absoluto conocimiento y voluntad de que es contrario a la ley, pero no se hace la representación de que puede prevaricar sin hacer nada para eludirlo²⁶.

26 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de mayo de 2000. Radicado 13601. M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

Una parte de la doctrina nacional, encabezada por GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU, es partidaria de la comisión del prevaricato con dolo eventual; para ello sostienen estos autores que el dolo eventual es más fácil de explicar en aquellos delitos considerados de resultado, motivo que los lleva a destacar: “Como se vio, aquí admitimos que el prevaricato es un delito de resultado, habida cuenta que se requiere la producción de una resolución, un dictamen o un concepto manifiestamente contrarios a la ley”. Como refuerzo de tal postura agregan que en nuestro sistema penal no se plantea ninguna discusión sobre un pretendido elemento subjetivo del tipo, ni de aquellos que apuntan al conocimiento ni de otros que implican tendencia interna trascendente o intensificada, como ocurría con el ingrediente subjetivo contenido en el código penal de 1936 de “a sabiendas”, que presupondría la comisión con dolo directo.

El sistema de fuentes del ordenamiento jurídico abre otras posibilidades de fundamentar el dolo eventual en el prevaricato. Sin embargo, la definición del dolo eventual, que trae nuestro código, en virtud de la cual será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar, hace casi imposible la estructuración del delito, pues al proferirse la decisión es posible que el agente tenga como probable la infracción, pero es difícil aludir a que su no producción haya sido dejada librada al azar.

En cambio, pensamos que tanto la jurisprudencia y la doctrina deben en esta temática poner en práctica lo concerniente al concepto de conocimiento potencial y eventual de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad y soporte del juicio de reproche. De esa manera, en aquellos eventos en los cuales la prueba determine que el agente se haya representado como probable que su decisión era injusta o que tuvo la oportunidad en términos razonables de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, se le sancionará a título de dolo, con la rebaja propia para el error de prohibición directo vencible.

3.3 El prevaricato culposo en nuestro ordenamiento jurídico

La regulación de la culpa en materia penal a través del sistema de *numerus clausus*, contenida en el artículo 21 de nuestro Código Penal, hace imposible en este derecho sancionatorio la comisión del prevaricato a título de culpa.

Sin embargo, ello no es así para todo el ordenamiento jurídico. En efecto, la Ley 734 de 2002 contempla como falta gravísima, en el numeral primero del artículo 48, lo siguiente:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se comete en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

Esta disposición permite considerar como falta gravísima a todos los delitos especiales, pues todos ellos admiten la modalidad dolosa.

Ahora bien, es claro que lo que caracteriza la disposición en comento es el condicionamiento del tipo objetivo. De manera que se presenta una coincidencia en la imputación, pues lo que constituye el tipo objetivo de la falta es el tipo objetivo del delito sancionable a título de dolo en el Código Penal.

De esa manera, la imputación subjetiva en materia disciplinaria no queda condicionada, por lo que delitos que en el Código Penal solo admiten la modalidad dolosa, pueden ser imputados como falta gravísima a un título diferente.

Es posible, entonces, imputar, como falta gravísima en esta sede, delitos que no admiten la modalidad culposa. Ello es así por cuanto la regulación de la culpa en materia disciplinaria se efectúa a través del sistema de *numerus apertus*; no existe en el campo disciplinario un listado cerrado de faltas culposas, en principio todas ellas admiten esta forma de imputación subjetiva.

La única salvedad para imputar el tipo penal objetivo de un delito doloso, como falta gravísima a título de culpa, es que en ese tipo objetivo del reato se contengan ingredientes subjetivos. En la medida que en el tipo objetivo del prevaricato no existen ingredientes subjetivos, es factible imputar un prevaricato culposo en sede disciplinaria.

3.4 La tentativa

El prevaricato judicial como delito de infracción de deber en virtud de responsabilidad institucional, pero con referencia al bien jurídico, postura que aquí se defiende, permite entender este reato como de resultado, lo que haría factible como regla general el castigo de la tentativa.

Sin embargo, los ingredientes normativos en él contenidos, tales como resolución, dictamen o concepto, dificultan en grado sumo la posibilidad de sancionar el delito tentado, por cuanto no existe un momento de ejecución, desde el punto de vista jurídico, de la resolución, el concepto o el dictamen. Si la decisión no se ha suscrito por el juez, ella no existe en el mundo jurídico. Si la decisión ya está suscrita, el tipo penal está consumado.

El reiterado ejemplo de la doctrina comparada, en virtud del cual existe tentativa de prevaricato cuando la ponencia ostensiblemente injusta es derrotada por los demás miembros del tribunal, no alcanza, en los términos de la descripción típica de la conducta, a configurar un delito de prevaricato tentado, por cuanto en ese evento no se ha iniciado a dictar una resolución manifiestamente contraria a derecho.

Es por ello que, excepcionalmente, puede darse la tentativa de prevaricato, y solo cuando existe prueba de la comisión de otro delito en concurso, podría atribuirse este amplificador del tipo; el caso sería en que se sabe que el juez ha recibido dinero para absolver de manera injusta a un procesado y es aprehendido momentos antes de suscribir el fallo absolutorio.

3.5 Necesidad de diferenciar entre error de tipo y error de prohibición en el prevaricato

No es un problema menor el concerniente a estimar de forma adecuada cuándo se está frente a un error de tipo o a uno de prohibición en el delito de prevaricato. La problemática surge con ocasión de la existencia del ingrediente normativo del tipo referido al proferimiento de una resolución “manifiestamente” contraria a la ley.

De ahí que “esta peculiaridad de la prevaricación lleva a una frecuente confusión entre el error sobre el Derecho aplicable al caso, que lleva al desconocimiento de la ilicitud de la resolución y que es, en nuestra opinión, un error de tipo, con el error sobre la ilicitud misma de la conducta del juez, es decir, el error de prohibición”²⁷.

Conforme con esta postura, la mejor forma de resolver el cuestionamiento es indicar que estamos frente a un error de tipo cuando el servidor público se equivoca acerca del derecho aplicable al caso; por ejemplo, la norma que resultaba aplicable era una disposición del Código de Procedimiento Penal y no una del Código de Procedimiento Civil, situación que se presenta de forma constante en el Derecho Disciplinario. Por su parte, se presentará el error de prohibición cuando el servidor público actúa convencido que su decisión es la correcta, es justa, pero en verdad ella es contraria al ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

1. La nueva realidad jurídica impuesta por el modelo Estado Social y Democrático de Derecho obliga a replantear el injusto de estos delitos.
2. En estos delitos, en los cuales el tipo penal exige unas cualificaciones especiales del autor, el legislador no atiende para identificar la autoría simplemente a lo que hace el agente, sino especialmente al rol social especial que la ley le asigna.
3. La función judicial no se circunscribe a aplicar el sentido literal de las leyes, sino a captar un sentido capaz de materializar las finalidades y los valores del orden jurídico.

27 Cfr. RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA. *Op. cit.*

4. Es necesario diferenciar legislativamente entre el prevaricato judicial y el prevaricato administrativo; el primero debe ubicarse como delito contra la recta y eficaz impartición de justicia en garantía de la tutela efectiva del orden jurídico.

5. Es necesario adecuar el tipo penal del prevaricato a los especiales roles que desempeñan los intervinientes en el proceso penal acusatorio, en especial al del fiscal instructor y acusador.

6. En suma, el presupuesto de evaluación de lo manifiestamente ilegal debe cimentar su base en el derecho, pero no en una normativa abstracta y formalista, sino en el propio sistema de fuentes del entero ordenamiento jurídico, revestido de un contenido material, haciendo uso adecuado de los métodos científicos de interpretación, y sin desconocer la posibilidad de diversas soluciones justas.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

BEADE, GUSTAVO A. “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de ALEXI y DWORKIN en relación con el caso de la ley de seguridad aérea alemana”, en *Desafíos a la ponderación*, serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho, n.º 57, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

BENDA, ERNESTO. *Manual de Derecho Constitucional*, Barcelona, Marcial Pons, 1998.

COSSIO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN. *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ESTRADA-VÉLEZ, SERGIO. “La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad”, en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, n.º 121, julio-diciembre de 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed. ampliada, Madrid, Civitas, 1989.

GÜIDI CLAS, ELISA MARÍA. *La prevaricación judicial en España y en el derecho comparado*, Barcelona, J. M. Bosch, 2006.

MALEM SEÑA, JORGE F. “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, en *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, compiladores MIGUEL CARBONELL, HÉCTOR FIX-FIERRO y RODOLFO VÁSQUEZ, México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

ORDÓÑEZ SOLÍS, DAVID. *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2004.

PÉREZ ROYO, JAVIER. *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2005.

RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA. *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, JAVIER. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

TIEDEMANN, K. “El derecho procesal penal” (trad. JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER), en *íd. Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, Ariel, 1989.

TORAL MORENO, JESÚS. *Ensayo sobre la justicia*, 2ª ed., México, Jus, 1985.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO. *Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y nuevo procedimiento penal. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, 2006.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992. M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2 de agosto de 1993. M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional. Sentencia T-504 de 10 de septiembre de 1998. M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de septiembre del 2009. Radicado 31.331. M. P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 15 de mayo de 2000. Radicado 13601. M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.