



**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**  
**FACULTAD DERECHO**  
**ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL**  
**CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA MILITAR**

**ANÁLISIS NORMATIVO DEL TIPO PENAL “PREVARICATO POR ACCIÓN”**

**OMAR ENRIQUE CASALLAS BONILLA**

**BOGOTÁ D. C. – COLOMBIA**

**2014**

## Resumen

Respecto a las actuaciones y funciones realizadas por servidores públicos, el Código Penal Colombiano es explícito en identificar las conductas en las cuales incurrirían en irregularidades los mismos, señalando de manera objetiva la responsabilidad en materia penal en cualquiera de los comportamientos que se deriven de la transgresión de las normas.

El funcionario que realiza un desconocimiento intencional al ordenamiento legal, o que sus pronunciamientos vayan dirigidos a la aplicación a normas derogadas, declaradas inexequibles o inconstitucionales, traduce esto una decisión manifiestamente contraria a derecho.

Es así como en el presente artículo se hará énfasis al tipo penal Prevaricato por Acción, dando a conocer su estructura etimológica, definiciones, conceptos, pronunciamientos, símiles, entre otros, hasta llegar a un profundo análisis de conocimiento.

De igual manera se ubicará e identificará en el marco normativo vigente, el bloque de constitucionalidad, los convenios y tratados internacionales, el delito de prevaricato por acción.

## Abstract

Regarding the actions and functions performed by public servants, the Colombian Criminal Code is explicit in identifying behaviors which would incur the same irregularities, noting objectively responsibility in criminal matters in any of the behaviors that result from transgression standards.

The officer making an intentional disregard the legal system, or that their statements are directed to the application standards repealed, declared invalid or unconstitutional, this translates manifestly unlawful decision.

Is why in this article will emphasize the criminal offense Prevarication per Share, providing its etymological structure, definitions, concepts, statements, similes, etc., until you reach a thorough analysis of knowledge.

Similarly it will be located and identified in the existing regulatory framework, the constitutional law, international conventions and treaties, the criminal offense Prevarication per Share.

**Palabras claves:** servidor, público, resoluciones, decretos, dictámenes, prevaricato, acción.

**Keywords:** server, public, resolution, decree, dictum, prevaricate, action.

En los pronunciamientos, decisiones, manifestaciones, conceptos y demás formas de tomar decisiones frente a un hecho administrativo y/o judicial, siendo comprometido el accionar del Estado y sus Instituciones, son los servidores públicos las personas idóneas, y quienes cuentan con las facultades otorgadas por la Constitución y las normas, en el desempeño de sus funciones, para cumplir cabalmente con el deber que les asiste.

Los diferentes entes Gubernamentales, Departamentales, y Locales, cuentan con la infraestructura y logística, para que en nombre suyo, sean los servidores públicos quienes ejerzan representación administrativa, jurisdiccional y judicial en virtud del mandato que se les encomienda, para que obren de acuerdo a lo consagrado en el marco legal.

En esa funcionalidad del Estado y sus representantes, es donde centro la presente investigación, para poder determinar si la normatividad vigente se queda corta en distinguir ciertas decisiones divulgadas en diferentes aspectos y escenarios públicos, siendo las únicas formas de hacerlo o si por el contrario existen otra variedad.

Basado en lo anterior en el presente artículo decido formular la pregunta; ¿si son las Resoluciones, Dictámenes o Conceptos manifiestamente contrarios a la Ley, las únicas decisiones por las cuales se configura el delito de prevaricato por acción, de que trata el Art. 413 de la Ley 599 de 2000, en los pronunciamientos de los servidores públicos en Colombia?

## **Análisis normativo del tipo penal “Prevaricato por acción”**

Definir Prevaricato por Acción, como lo consagra el Código Penal Colombiano es desmenuzar las palabras claves que lo componen, es así como se tomaran algunos conceptos que nos permitirán llevar a una definición concreta del tipo penal aquí analizado.

Etimológicamente, “prevaricación” deriva de *prae-varicare*, que significa “caminaron a paso torcido e ir por mal camino”. El Diccionario de la Real Academia Española, por su parte, define prevaricar como “delinquir los empleados públicos dictando o proponiendo a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia”, y por extensión, “cometer uno cualquier otra falta menos grave en el ejercicio de sus deberes”.

Así, en un sentido amplio, se entiende que prevaricar “es aplicar torcidamente el derecho, sin importar, en principio, la calidad jurídica que invista el hechor (puede ser juez, fiscal, abogado, procurador e incluso funcionario de la Administración)”. (Rodríguez Collao, 2005).

El significado gramatical del término prevaricar, como la agrupación de todas las palabras que lo componen, presume la base de la ilegalidad en llevar a cabo la infracción en ejercicio del cargo o el deber en un sentido subjetivo. En tal sentido se correlaciona el vínculo jurídico que existe entre el Estado y las personas que los representa.

Como le expresa el autor anteriormente señalado “La esencia de la antijuridicidad en el delito de prevaricar, estaría cifrada en la violación por parte del juez, de un hipotético deber, asumido frente al Estado, de juzgar conforme a Derecho y de dictar resoluciones justas”. (Rodríguez Collao, 2005).

Haciendo referencia al ícono jurista alemán Jakobs, quien aduce que “la esencia de la ilicitud reside en la infracción del deber institucional del juez de garantizar la propia existencia de dicho bien”.

Adicionando de forma tácita y contundente que “cuando el juez dicta una resolución injusta, éste no lesiona la administración de justicia, sino que en este caso más bien no tiene lugar una verdadera administración de justicia”. (Jakobs, 1997)

El fundamento de la prevaricación judicial se encuentra en la infracción de un deber específico, concebido en un sentido objetivo institucional, en relación con el desempeño de la función de realización del derecho, la que se efectúa en servicio de la ciudadanía. La administración de justicia, en este sentido, no se presenta sólo como un servicio público del Estado, ni el juez únicamente como un funcionario de éste.

La administración de justicia representa, más bien, una institución configurada constitucionalmente, de la que depende la propia existencia del Estado de derecho.

“El objetivo de la función jurisdiccional (que constituye el deber específico del juez), es la realización del Derecho, la aplicación de la ley en la resolución de conflictos. Así, el ámbito de aplicación de los tipos penales queda delimitado de mejor modo que cuando se alude sólo a la lesión de un bien jurídico colectivo, abstracto y genérico”.(Rodríguez Collao, 2005)

El derecho Penal Romano comienza en el momento en que el estado a través de sus leyes pone limitaciones al arbitrio del juez sentenciador.

En la Ley Valeria, en la cual se sometió el requisito de la confirmación por la ciudadanía de las sentencias capitales pronunciadas por el Magistrado contra los ciudadanos romanos es claro en expresar:

*“El derecho penal privado comenzó con aquella organización en virtud de la cual el pretor fue desposeído de la facultad de resolver definitivamente los asuntos penales, quedándole solo la de resolverlos de un modo condicional y remitiendo al jurado el negocio para que diera la resolución acerca de las condición señalada”. (Textos Legales Antiguos.blogspot.com, 2010)*

Se hace necesario conocer definiciones básicas, que harán fundamental el conocimiento del tipo penal a desarrollar en este trabajo, tratando de desglosar y dar a entender al lector, puntos de vista y características del prevaricato por acción, frente a la sociedad.

El prevaricato es el delito en que funcionarios judiciales típicamente, incurren en el ejercicio propio de sus cargos. Sin embargo, históricamente se dio antes esa denominación al contubernio entre las partes y a la infidelidad de los apoderados o consultores.

“En el Derecho Romano se calificaba de prevaricador al acusador, que habiendo asumido ese carácter en juicio público, llegaba a un entendimiento con el acusado para torcer la justa decisión de la justicia”. (Fontan Balestra, 1985).

Enseña la Academia de la Lengua que la voz prevaricato se origina en el latín prevaricatus, y haciendo castellana esta última, dice que “prevaricar es acción de cualquier funcionario que de una manera análoga a la prevaricación, falta a los deberes de su cargo.

Por prevaricación, a su vez, se entiende “delinquir los funcionarios cuando, a sabiendas o por ignorancia inexcusable, dictan o profieren resolución de manifiesta injusticia”. (Ferreira Delgado, 1985)

La palabra prevaricato, etimológicamente se compone de dos palabras latinas, prae y varus, lo que quiere decir huesos de las piernas, torcidas.

En consecuencia, lo que ha querido significarse al darle el nombre a determinados actos, es que las personas que los ejecutaban se desviaban de la línea recta y marchaban de manera torcida u oblicua. (Colegio de Abogados - Facultad de Derecho - Universidad de Costa Rica, 2008).

Según CARMIGNANI, la palabra prevaricatus puede proceder de praetergredi, de variacertatio, de varicare o de varus. Según ULPIANO, viene de varus y esta de vari, remoquete o sobrenombre que se daba a las personas que caminaban con las piernas torcidas o separadas una de otra, por tener “pies planos”, que en castellano se llama patiabiertos. (Carmignani, 1979)

Prevaricar llaman los latinos a “una manera especial de andar que tienen las personas cuyos huesos de las piernas son largos y al mismo tiempo torcidos; de modo que al andar producen un curioso movimiento de balanceo, por el cual pueden inclinarse ya al lado izquierdo ya al lado derecho mientras avanzan”. (Periodico de Paraguay Color ABC, 2013)

La palabra prevaricato, deriva del verbo praevaricare (desviarse del camino recto), se emplea en tres significados distintos.

En palabras de CARRARA de acuerdo con la concepción antigua de la voz prevaricato, “a veces tiene un sentido lato y vulgar, y expresa cualquier aberración intelectual o moral del hombre”. (Moreno, 1993)

El Código Penal (Ley 599 de 2000), en el libro primero, parte general, en el Título II, de la Aplicación de la Ley Penal y el Título III, de la Conducta Punible, menciona en su artículo 25 lo siguiente:



*“Artículo 25. Acción y Omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o la Ley”.*

Jurídicamente y en la actualidad la palabra prevaricato se usa para designar la violación de distintos deberes de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. A ese respecto cada ley fija sus propios límites, de manera que no podría darse una noción que comprendiese los detalles, sino con referencia a una ley determinada.

Es la conducta del funcionario que emite o expide un acto contrario a la ley. Implica violación a la organización normativa que impone a todos los agentes del Estado el respeto por el principio de legalidad, en cuanto todos sus actos en ejercicio de las funciones asignadas deben sujetarse a imperativos legales que los regulan o subordinan.

“Es violación formal y expresa de alguna receptividad, para lo cual se exige la valoración de todo el marco normativo que rodea el acto objeto de la infracción”. (Pabón Parra, 1997).

El Código Penal Colombiano no define como tal el prevaricato, en el medio público; es un hecho punible que puede ser efectuado por cualquier servidor oficial, incluidos jueces y fiscales, que en ejercicio de sus funciones y dentro del marco normativo, se pronuncian mediante fallos, resoluciones, entre otras, contrarias a derecho.

El tipo penal a desglosar es el Prevaricato por Acción, consagrado en la Ley 599 de 2000, en el Título XV, Capítulo Séptimo, Artículo 413;

*“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.* (Gonzalez, 2000)

La conducta punible, es de un tipo de acción, con sujeto activo cualificado, cuyo bien jurídico protegido por el tipo precitado es la Administración Pública. Adicionalmente, consta de varios elementos normativos: resolución, dictamen o concepto. Para que se dé la consumación de este tipo se requiere que la resolución, el concepto o el dictamen sea manifiestamente contrario a la ley. No es punible la conducta cuando por cuestión de hermenéutica jurídica se llega a una conclusión que sea errónea. (Anaya, 2005)

En cuanto a este punto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C 917 de 2001, ha sostenido que:

*“En cuanto a al prevaricato por acción descrito como una conducta residual tanto en el artículo 149 del Código Penal de 1980, como en el artículo 413 de la Ley 599 del 2000, encuentra la Corte que la conducta está descrita de manera inequívoca por el legislador, pero ello requiere que se haya proferido una resolución, dictamen o concepto que resulte contrario a la ley, de manera manifiesta, lo que indica claramente que esa conducta tiene como referente necesario la Ley, en cada caso concreto, para comparar, luego, la actuación del servidor público al emitir la resolución, dictamen o concepto, de lo que podrá concluirse, por*

*parte del funcionario penal competente, si se ajustó a la ley, o la quebrantó, y si esa violación, en caso de existir resulta manifiesta, es decir, ostensible". (Corte Constitucional, 2010)*

En concordancia con los artículos 6, 90, 121, 124 y 209, de nuestra Carta Magna, se establece la responsabilidad del Estado frente a los daños antijurídicos cometidos por acción u omisión por parte de los servidores públicos.

Se encomiendan funciones específicas a los servidores públicos, además de los deberes como particulares que les asisten para no infringir la Constitución y las leyes, atribuyendo sus actuaciones por omisión o extralimitación de sus funciones.

Adicionalmente el Estado al atribuirse el hecho de responder patrimonialmente, por las acciones u omisiones de las autoridades, menciona la Constitución los actos de repetición que conllevan a que los funcionarios públicos, por sus conductas dolosas o culposas respondan patrimonialmente.

La Constitución Nacional manifiesta la necesidad de que exista un marco jurídico efectivo para que se regule la responsabilidad de los servidores públicos, señalando un control interno que coexista con la función pública de los servidores, a fin de que sea adecuado servicio del interés general. (Quiceno, 2011)

El Prevaricato por Acción, se encuentra clasificado como conducta punible de resultado e instantánea, de lesión y mono – ofensivo. Destacando a los elementos normativos, al servidor público, la solución, el dictamen o concepto que hace referencia el articulado, así como la contrariedad manifiesta del objeto material con todo el ordenamiento positivo.

En cuanto al tipo objetivo del delito, se encuentra el sujeto activo cualificado jurídicamente y singular al servidor público, asimismo se describe como sujeto pasivo, al Estado.

En la conducta tipificada, se determina como verbo, Proferir, al objeto jurídico afectado el principio de legalidad de la actividad estatal, y el objeto material fenoménico, la Resolución, dictamen o concepto que reúne la calidad de ostensiblemente ilegal.

Al concurso de delitos, de que trata el prevaricato por acción, podemos relacionarlo, en concurso heterogéneo sucesivo con el Art. 411 del Código Penal, “Tráfico de influencias de servidor público”, en concurso homogéneo simultáneo con el Art. 410, “contrato sin cumplimiento de requisitos legales”, en concurso homogéneo sucesivo con el Art. 405, “Cohecho Propio”.

En este caso la conducta punible no admite grado de tentativa; sin embargo, admite coparticipación, determinación y complicidad. (Parra Pabón, 2008).

Teniendo en cuenta normatividad existente internacionalmente y que hace parte de nuestro marco constitucional, encontramos el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea General de la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas, en su Resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979.

En el anterior comentan “los deberes que le asisten a los servidores públicos, quienes son los encargados de hacer cumplir la ley, sirviendo y protegiendo a la comunidad de actores ilegales, de acuerdo a su responsabilidad que nace de su función pública”. (Naciones Unidas, 2012).

La relevancia de ser funcionario público conlleva a todos los partícipes del estado, ya sean por su desempeño de acuerdo a las ramas del poder público, Legislativa, Judicial o Ejecutiva, a que recaiga toda la responsabilidad Constitucional y Legal de hacer cumplir las Normas, sin descuidar los deberes que les asisten como tal, o extralimitándose en sus funciones.

En ejercicio de sus funciones los servidores públicos deben velar por el respeto, la protección y dignidad de los particulares, teniendo en cuenta los derechos constitucionales y el marco legal colombiano, considerando la normatividad sancionatoria que salvaguarda el cumplimiento de sus deberes.

Debemos hacer un paréntesis respecto del sujetos activo del tipo penal, en este caso el Servidor Público, para cual tendremos en cuenta lo normado en la legislación Colombiana y apartes de doctrina.

El servicio público en sentido material, es “toda actividad destinada a satisfacer una necesidad de interés general y que, como tal, tiene que ser garantizada y controlada por la administración, porque la satisfacción continua de esa necesidad no puede ser prestada sino por ella”. (Vincent, 1995)

En este sentido el Estado es quien otorga esa denominación de servidor público para aquellas personas vinculadas con la administración laboralmente, desempeñando sus funciones en aras de prestar el servicio en bien del interés general.

El artículo 123 de la Constitución Política de Colombia expresa:

*“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinara el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas y regulará su servicio”.*

Se clasifican los empleos de los distintos organismos y entidades del Estado en las siguientes categorías: empleos de carrera administrativa, empleos de elección

popular, empleos de período fijo, empleos de trabajadores oficiales, empleos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas y empleos de libre nombramiento y remoción. (Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004. , 2004).

No obstante esta novedosa pero confusa clasificación, si la analizamos sistemáticamente en concordancia con el citado artículo 123 de la constitución Política y con algunas normas legales que regulan ciertos aspectos básicos de la función pública en Colombia desde antes de la Constitución de 1991.

“Podemos distinguir tres clases o grupos principales de servidores públicos: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados o funcionarios públicos y los trabajadores oficiales”. (Rodriguez, 2008).

El Código de conducta para funcionarios, hace énfasis al cumplimiento de sus encargos en cumplir la ley teniendo en cuenta de igual forma la protección a la salud de las personas bajo su custodia, así como no llegar a cometer actos de corrupción, ayudando al estado a combatirlos, como deber constitucional.

Lo considerado por la Carta de las Naciones Unidas, manifiestan que “los pueblos del mundo afirman, entre otras cosas, su voluntad de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia y realizarse la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales sin hacer distinción alguna”

El Estado Colombiano y su institucionalidad deben velar por el objeto deber de cuidado de los connacionales, y de aquellos que imparten justicia al permitir la independencia de la judicatura, ente regulado en materia disciplinaria a controvertir, investigar, sancionar o precluir investigaciones por el actuar de funcionarios de la Rama Judicial.

Estos principios básicos de que tratan las Naciones Unidas, hace énfasis a que los servidores públicos, en especial de la rama judicial, les asisten derechos como personas y como funcionarios que son de la libertad de expresión y al de asociación, a que exista una competencia profesional, escalonada, con procesos de selección y formación pública, en condiciones de servicio dignas de cualquier empleado del Estado, respetando los derechos como trabajador.

El Estado Colombiano apoyado en sus principios Constitucionales y normativos, debe inspirar para que el pueblo, y en este caso los servidores públicos, adopten las medidas necesarias para que cumplan la función para lo cual fueron instituidos.

Se debe permitir que los funcionarios judiciales actúen de acuerdo a esos principios, por cuanto son ellos quienes toman las determinaciones en sus pronunciamientos, respecto a la vida, libertad, derechos, deberes y bienes de los conciudadanos.

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter vinculante respecto de los pronunciamientos de nuestras altas Cortes, tomaremos referencias jurisprudenciales de algunas Sentencias que hacen énfasis al delito de prevaricato, en las cuales aclaran quienes son los llamados a "*Prevaricar*" y cuáles son las características del tipo penal.

Mediante Sentencia C-335/08, manifiesta que "en escasas ocasiones, la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con el delito de prevaricato". Así, en Sentencia T-118 de 1995, consideró que, "una abierta contradicción de preceptos constitucionales por parte de un funcionario público daba lugar a una investigación penal por el delito de prevaricato".

De la misma manera en Sentencia T- 260 de 1999, se refirió a la conducta de prevaricato indicando que “la misma exigía tener en cuenta la condición del agente, por cuanto dicha conducta sólo puede ser cometida por un sujeto activo cualificado”.

Del Prevaricato por acción en Jurisprudencia de La Sala Penal de La Corte Suprema De Justicia, manifiesta en cuanto a los elementos que Configuran El Tipo Penal:

*“En relación con la configuración del tipo penal de prevaricato por acción, la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que: (i) el delito puede ser cometido por los jueces, los servidores públicos y en ocasiones por particulares que ejercen funciones públicas, en los términos que señala el Código Penal; (ii) en cuanto al sujeto pasivo de la conducta, se ha estimado que es la administración pública, aunque se admite que, en ciertos casos, pueda tratarse de un delito pluriofensivo como cuando con aquél se vulneran igualmente bienes jurídicos de los particulares; (iii) el objeto material del delito comprende resoluciones, dictámenes o conceptos, es decir, abarca tanto decisiones judiciales como actos administrativos”.*

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 aquélla 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 como norma jurídica aplicable al caso concreto, interpretación que es plausible y ajustada a la Constitución” (Corte Constitucional, 2010).



A la luz de la jurisprudencia, reseñó a continuación algunas Sentencias Constitucionales, en las cuales se declara exequible la norma motivo de análisis, detallando algunos apartes de su argumentación y pronunciamientos.

La Sentencia C-128/03, en control de Constitucionalidad, advierte que “la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos demandados no tiene consecuencias en el orden jurídico referido a la protección de la moralidad estatal, pues la propia Constitución exige al servidor público desplegar su actuación conforme al interés público”. (Corte Constitucional, 2010).

El Estatuto de la Contratación le impone como principio actuar con transparencia, atendiendo al principio de selección objetiva y con responsabilidad en las gestiones contractuales.

Los demás tipos penales sobre la celebración indebida de contratos, las diferentes formas de peculado, prevaricato, cohecho, el abuso de autoridad y la concusión, a más de los controles disciplinario, fiscal y contencioso administrativo, son instrumentos eficaces para la protección de la administración pública (Corte Constitucional, 2010)

La interpretación así efectuada permite comprender que “lo que se reprocha es un interés externamente manifestado, contrario a la transparencia que debe regir la contratación estatal y, por lo mismo, idóneo para lesionar el bien jurídico administración pública”. (Corte Constitucional, 2010).

Mediante Sentencia C-917/01, la Corte se pronuncia en cuanto al prevaricato por acción descrito como conducta delictual tanto en el artículo 149 del Código Penal anterior, como en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000.

Encontrando que “está descrita de manera inequívoca por el legislador, pero ella requiere que se haya proferido una resolución, dictamen o concepto que resulte

contrario a la ley, de manera manifiesta, lo que indica claramente que esa conducta constitutiva de delito tiene como referente necesario a la ley”.(Rama Judicial del Poder Público, 2011).

En cada caso concreto, para comparar, luego, la actuación del servidor público al emitir la resolución, dictamen o concepto, de lo que podrá concluirse, por parte del funcionario penal competente, si se ajustó a la ley, o si la quebrantó, y si esa violación, en caso de existir, resulta manifiesta, es decir, ostensible. (Rama Judicial del Poder Público, 2011).

Sobre este punto, es pertinente transcribir un aparte de una sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 19 de diciembre de 2000, en que analizó el contenido del artículo 146 del Código Penal, y señaló que la conducta juzgada objetivamente es típica, para ello, partió del examen de los artículos constitucionales y legales a los que remite la disposición, y resumió el resultado del estudio así:

“La conclusión, entonces, es obvia: dentro de la definición del artículo 146 del Código Penal, están materialmente incorporados también como componentes suyos y por encima de los demás, los principios constitucionales y legales de la contratación, en el entendido que las exigencias esenciales de los trámites, las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la administración devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas” (proceso 17088, de 19 de diciembre de 2000, M.P., doctor Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

Existen casos en los cuales, el desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte conlleva, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.

Un servidor público incurre en el delito de prevaricato por acción, no por desconocer simplemente la jurisprudencia sentada por una Alta Corte, considerada ésta como una fuente autónoma del derecho, sino porque al apartarse de aquélla se comete, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general. (Rama Judicial del Poder Público, 2011).

También la doctrina española es clara en señalar:

*“En el ámbito del derecho Disciplinario propio del control de la actividad judicial, que la actividad sancionadora se funda en la infracción de deberes profesionales por ello, la potestad disciplinaria constituye un poder sancionador interno, que castiga infracciones a la relación de servicio, relación ésta de sujeción especial, que une al funcionario público con la administración, esto es, la relación especial de sujeción que trae como situación connatural la de servidores públicos, sometidos a la norma de conducta”.* (Universidad Externado de Colombia).

Entender que se puede cometer el delito de prevaricato por acción cuando se está, ante casos en los cuales es posible derivar un elevado número de normas jurídicas, se topa con un grave obstáculo de orden práctico, consistente en la inexistencia en el país de compilaciones actualizadas y asequibles de jurisprudencia de las Altas Cortes.

## Conclusiones

Durante el transcurso de la investigación se Identificó el marco legal en la legislación Colombiana, determinando que son las Resoluciones, dictámenes o conceptos manifiestamente contrarios a la Ley, por los cuales los servidores públicos incurrir en el delito de prevaricato por acción.

Se dio a conocer jurisprudencia y doctrina, donde se establece como los servidores públicos han trasgredido la normatividad penal por el accionar en la toma de sus decisiones, manifestaciones efectuadas en el desempeño de sus funciones y expresada mediante Resoluciones, dictámenes o conceptos.

Un servidor público incurre en prevaricato por acción, no por desconocimiento simplemente de la norma y la Jurisprudencia considerada fuente autónoma de derecho, sino porque al apartarse de ella, se infringe preceptos constitucionales y legales.

Es de considerar que para que una decisión judicial pueda ser calificada como manifiestamente contraria a la ley, se requiere que no solo lo decidido se encuentre fuera de toda interpretación razonable del derecho, sino también que desborde las atribuciones propias de la hermenéutica.

En consecuencia, las decisiones resultado de un proceso inteligente de acuerdo con la ley, asimismo que se mantengan dentro de la razonabilidad de interpretación, son ajenas al subsano penal, pues en ocasiones podrá resultar equivocada la decisión, por una de las partes, pero jamás manifiestamente contraria a la ley.

Finalmente se concluye que son los servidores públicos los llamados a incurrir el tipo penal de prevaricato por acción de acuerdo con la función y cargo que desempeñen en las diferentes instituciones del estado, al emitir Resoluciones, dictámenes o conceptos manifiestamente contrarios a la Ley.

## Bibliografía

- Anaya, J. M. (2005). Concurso entre el delito de prevaricato por acción y homicidio culposo desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva. *Revista de Derecho*, 16.
- Carmignani, G. (1979). *Elementos de Derecho Criminal, trad de A Forero y Jorge Guerrero*. Bogotá: Temis.
- Colegio de Abogados - Facultad de Derecho - Universidad de Costa Rica. (septiembre - diciembre de 2008). *Revista de Ciencias Jurídicas 117*. Recuperado el 25 de abril de 2104, de [http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/revista\\_117.pdf](http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/revista_117.pdf)
- Corte Constitucional. (01 de 01 de 2010). *Corte Constitucional de Colombia* . Recuperado el 20 de Julio de 2013, de Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>
- Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004. . (2004). *Ley 909*. Bogota.
- Ferreira Delgado, F. (1985). *Delitos contra la Administración Pública, 2a. edición*. Bogotá D. C. : Temis Librería.
- Fontan Balestra, C. (1985). *Derecho Penal, Parte Especial, 10a Edición*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gonzalez, A. T. (2000). *Código Penal*. Bogota D. C.: Leyer.
- Jakobs. (1997). *Derecho Penal - Parte General (Trad. Cuello Contreras - Serrano Gonzalez de Murillo)*. Madrid.
- Mendoza Anaya, J. (2005). Concurso entre el delito de prevaricato por acción y homicidio culposo desde la perspectiva de la teoría de la imputacion objetiva. *Revista de derecho*, 206 - 229.
- Montes Olavarrieta, L. (1993). *De la Prevaricación de Abogados y Procuradores*. Santiago de chile: Juridica de Chile.

Moreno, R. (1993). *El Código Penal y sus antecedentes, Tomo VI*. Buenos Aires: H. A. Tomás.

Naciones Unidas. (30 de 01 de 2012). *Oficina del Alto comisionado para las naciones Unidas*. Obtenido de Código de conducta: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/codigo.htm>

Naciones Unidas. (01 de 01 de 2012). *Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Recuperado el 20 de julio de 2013, de Principios básicos relativos a la independencia Jurídica: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/judicatura.htm>

Pabón Parra, P. A. (1997). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá D. C.: ediciones Ciencia y Derecho.

Parra Pabón, P. A. (2008). *Código Penal Esquemático Segunda Edición*. Bogota D. C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Periodico de Paraguay Color ABC. (26 de agosto de 2013). *Nociones Generales sobre el Prevaricato*. (J. A. Fernandez, Ed.) Recuperado el 15 de abril de 2014, de Color ABC: <http://www.abc.com.py/edicion-impresas/suplementos/judicial/nociones-generales-sobre-el-prevaricato-610434.html>

Quiceno, M. D. (2011). *Constitución Política de Colombia - Concordada*. Medellin : Librería Jurídica Sanchez R. Ltda.

Rama Judicial del Poder Público. (01 de 01 de 2011). *Sistema de consulta de Jurisprudencia*. Recuperado el 20 de Julio de 2013, de Sistema de consulta de Jurisprudencia: <http://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/Jurisprudencia/cc/index.html>

Rodriguez Collao, L. -O. (2005). Aspectos sistematicos y politico-criminales de la prevaricacion administrativa. *Revista de Derecho*, 405 -417.

Rodriguez, L. (2008). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogota: Temis.

Textos Legales Antiguos.blogspot.com. (1 de junio de 2010). *Miscelanea Ius Historica*. Recuperado el 10 de mayo de 2014, de <http://textoslegalesantiguos.blogspot.com/2010/06/teodoro-mommsen-derecho-penal-romano.html>

Universidad Externado de Colombia. (s.f.). *Dogmatica del Derecho Disciplinario*. (C. A. Pavajeau, Ed.) Obtenido de <http://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=viiciYfE49EC&oi=fnd&pg=PP6&dq=servidores+publicos+en+COlombia&ots=eBCA57fw7Z&sig=9VdBDeCaL80yRqebmlhN-A34EB0#v=onepage&q=servidores%20publicos%20en%20COlombia&f=false>

Vincent, R. G.-J. (1995). *Diccionario Juridico*. Bogota: Temis.