

## La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia\*

The ordinary jurisdiction and the restrictive indetermination represented by the malfeasance crime in Colombia

Recibido: Julio 12 de 2014 - Evaluado: Noviembre 21 de 2014 - Aceptado: Diciembre 8 de 2014

Kristhell Karen García Vargas\*\*  
Carlos Alfredo Pérez Fuentes\*\*\*

---

\* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto del macro proyecto de investigación en derecho constitucional denominado en su segunda fase “Configuración del delito de prevaricato por desconocimiento del precedente constitucional en Colombia”; desarrollado por el Grupo de Investigación “Tendencias jurídicas contemporáneas” y el Semillero de Investigación en Derecho Constitucional “SEIDECO Tomas Wilches Bonilla” de la Universidad Simón Bolívar extensión Cúcuta, Colombia, adscrito a la línea de investigación “Instituciones de Derecho Procesal Doctrina y Jurisprudencia”, sublínea de “estudios en derecho público administrativo y constitucional”. Los autores agradecen la contribución al proceso investigativo como Semilleros de investigación a las auxiliares de investigación Yalitza Paola Jaimes Ibañez y Margarita Rosa Ramírez Duarte.

\*\* Kristhell Karen Garcia Vargas; Abogada de la Universidad Libre, Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Libre. Candidata a Magister en Derecho, Universidad Santo Tomás. Coordinadora del Semillero de Investigación en Derecho Constitucional “SEIDECO Tomas Wilches Bonilla”. Docente Investigadora de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, Docente emérita en la Universidad Francisco de Paula Santander.

Correo electrónico: kristell\_2154@hotmail.com

\*\*\* Estudiante de octavo semestre del Programa Derecho, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, miembro activo del Semillero de Investigación en Derecho Constitucional SEIDECO “Tomas Wilches Bonilla”.

Correo electrónico: carlosapf.1010@gmail.com.

**Para citar este artículo / To cite this Article**

García Vargas, K. K., & Pérez Fuentes, C. A. (Enero-Junio de 2015). La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia.

*Revista Academima & Derecho*, 6(10), (241-272).

## Resumen

La indeterminación sobre la rigidez o flexibilidad de nuestro sistema de precedentes ha causado conceptualizaciones dispersas en cuanto a la obligatoriedad y alcance del derecho jurisprudencial en Colombia; la contradicción entre las facultades constitucionales de apartamiento, adición o modificación del precedente y la descripción típica del prevaricato es una de las aristas problemáticas que se perfila como obstáculo del emblemático “derecho viviente” tan constitucionalmente pregonado alguna vez y tan pobremente desarrollado desde la jurisdicción ordinaria al día de hoy. La fórmula que se plantea frente al anterior problema pretende evitar que nuestros jueces de la república se auto restrinjan en el uso de sus facultades para la creación de sub reglas por temor de prevaricar. De esta forma, para abordar el asunto de la verificabilidad del criterio hermenéutico que soporta la creación de nuevas sub reglas, se encontrará en el estudio del delito de Prevaricato el necesario punto de partida que delimita los obstáculos propios de la pugna por el principio de seguridad jurídica y la confianza legítima contra la libertad en la práctica judicial interpretativa, formulando problemas como la desconfianza hacia los argumentos justificativos de los jueces o la confusa idea de control de legalidad sobre los criterios racionales del juez cuando se aparta, adiciona o modifica el carácter de ley para crear una nueva sub regla de derecho.

**Palabras clave:** Prevaricato, precedente constitucional obligatorio, interpretación judicial, apartamiento del precedente, seguridad jurídica, sistema de fuentes, creación de Sub reglas.

## Abstract

The indeterminacy about the inflexibility or flexibility of our fondant system has caused a dispersed conceptualization in terms of reach and obligatory of the case law in Colombia, the contradictions between the constitutional faculties to apart, modify or add The precedent and the typical description of malfeasance crime is one of the problem point that profiles as

a drawback to the emblematic “living law”, as constitutionally proclaimed ever, and so poorly development from the ordinary jurisdiction.; This is how, in front of this problem, the writing aims to show the risk posed by the indeterminacy of prevaricate as to when, how, what modalities and in which generic circumstances illicit configured. Also to approach the issue of the verifiability on the hermeneutic criteria t hat supports the creation of new sub rules, you will find in the study of malfeasance crime, the necessary starting point that defines proper obstacles in the struggle of the principles of legal security and legitimate expectations against liberty in the interpretive judicial practice, formulating problems such as distrust in front of the justifying judges arguments or the confused idea of legality on rational criteria of the judge if it departs, adds or modifies the force of law to create a new sub rule of law.

**Keywords:** Malfeasance, binding constitutional precedent, judicial interpretation, departure from the precedent, legal certainty, system fonts, creating Sub rules.

## Introducción

El derecho jurisprudencial tiene su desarrollo a través de un sistema de precedentes que se encuentra ceñido tanto a parámetros de acción como a un marco de disciplina jurisprudencial cuya identidad actual en cuanto a obligatoriedad es relativa, es decir, depende de la naturaleza del asunto, de la corporación que emite la jurisprudencia, de su jurisdicción, del tipo de sentencia contenedora de la regla jurídica sus partes y su reiteración.

Para llegar a una comprensión de esta relatividad y de los elementos e instituciones intervinientes, así como el rol y el lugar que ocupan dentro de la dinámica del derecho jurisprudencial en un sistema de precedentes de fuerza relativa, como el nuestro; es menester relacionar las diferencias entre el precedente emitido por la Corte Constitucional, del emitido por el Consejo de Estado, el de la Corte Suprema de Justicia y la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria; destacando siempre el precedente constitucional en razón del papel central que desempeña la corte constitucional<sup>1</sup> como máximo órgano para

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional Colombiana. (1995). Sentencia C-083 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Funciones de la doctrina constitucional. Bogotá: C.C.

la salvaguarda de la constitución política de nuestro Estado, motivo por el cual su jurisprudencia constituye el eje central del sistema de precedentes en Colombia<sup>2</sup>. (Corte Constitucional Colombiana, 1995).

El sistema de precedentes vincula en forma sectorizada la jurisprudencia de un sistema plural de cortes de cierre que exige y guarda algún nivel de cooperación interinstitucional, por su parte la Corte Constitucional tiene ya una sólida doctrina de precedente de *iure* y sus prácticas argumentativas muestran algún avance significativo aunque menor del esperable en la utilización del precedente de *facto*. Recientemente se abre la pregunta de si la doctrina de precedente de *iure* es igual de aplicable a la jurisdicción común. La respuesta del intérprete de la constitución es positiva. Distinto al panorama, aún por definir, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como corporaciones que apenas están dando muestras de una futura conversión hacia la doctrina de precedente en sus prácticas decisionales concretas.

Ahora bien, dentro del sistema de fuentes del derecho destaca por su especial condición el sistema de precedentes como una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado a los problemas permitiendo identificar tanto la tendencia jurídica respecto a diversos tópicos, como el reconocimiento de si nos encontramos ante un patrón fáctico primigenio o excepcional que bien pueda sustentarse en un apartamiento del precedente.

Como su nombre lo indica esta doctrina probable no es camisa de fuerza, tan sólo constituye la señalización de las tendencias decisionales en un ámbito histórico precedente que permiten al intérprete analizar la relación del contexto fenomenológico y la realidad histórica; criterios clave para un apropiado disenso o acatamiento del precedente.

Así, hoy en día el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial identificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones, encontrando en las técnicas de análisis “dinámico y estático de la línea jurisprudencial” (López, 2008), la comprensión

<sup>2</sup> Una sola sentencia de la corte constitucional constituye precedente pero si se trata de jurisprudencia ordinaria el art 4 de la ley 178 de 1896 y la sentencia C-836 de 2001 convergen en señalar que tres sentencias uniformes de la corte suprema de justicia y del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho constituyen “doctrina legal probable” y constituyen precedente.

utilitaria del sistema de precedentes y el cumplimiento de jueces y funcionarios enfrentados a la obligación de justificar adecuadamente sus providencias cuando deciden apartarse de la jurisprudencia constitucional.

Lo anterior, como quiera que la Corte Constitucional aceptó que si su precedente adquiere una fuerza vinculante absoluta, se fosilizaría y se incurriría en el error histórico de la doctrina legal española que acogió la corte suprema en 1886, donde inclusive, no le era posible a dicha corporación variar su precedente por no contar con las facultades reformativas del congreso; por ende, resulta viable apartarse del precedente constitucional cuando su marco fáctico no encaje en el caso planteado, o cuando existan elementos en el caso a resolver que no fueron contemplados en el caso que dio paso a la *ratio decidendi* y su consecuente precedente, obviando la última causal, a saber, cuando se presenta un tránsito legislativo que, contrario a lo anterior, no entraría a variar el marco fáctico del precedente sino el marco jurídico de la norma en estudio ello obligaría a realizar un nuevo análisis aclaratorio o complementario.

Así las cosas, puede afirmarse que en Colombia los falladores fungen permanentemente como “Jueces constitucionales o Jueces de la constitucionalidad” en virtud de sus facultades constitucionales extraordinarias para adicionar, modificar o simplemente apartarse de la fuerza de ley, ya sea en forma de precedente, o de norma expresa siempre y cuando su objetivo sea la salvaguarda de la supremacía constitucional. Razón por la cual, dentro de las competencias del juzgador quizá la característica de mayor valor es la relevancia de la interpretación jurídica, importante porque es un escenario donde el juez goza de un amplio margen de libertad y autonomía interpretativa y porque en esta se puede apreciar el nivel de claridad, transparencia, profundización, objetividad y constitucionalidad de su trabajo.

En el reflejo de las características anteriores se evidencia la legitimidad de los jueces no solo como intérpretes de la ley sino como intérpretes de la constitucionalidad. Fórmula que al ubicarla en el contexto de la realidad judicial del país, adquiere una utópica connotación de mera figura decorativa o retórica venida en desuso por cuenta de temores legalistas. Por ello el presente artículo revisa el complemento doctrinal que puede orientar a los jueces de forma complementaria sobre la interpretación de la Corte Constitucional para el tipo penal de prevaricato en su Sentencia C-335 del año 2008 ello con el objeto de responder a la pregunta por una mejor operatividad del derecho jurisprudencial legalmente verificable y segura para la jurisdicción ordinaria. Para ello se

consideran tres partes generales; la primera describe el delito de prevaricato en su aspecto dogmático y funcional. Seguidamente se explicará la actualización interpretativa respecto de los principios de legalidad y legitimidad como sustento del tipo penal bajo estudio y finalmente, la identificación de los puntos neurálgicos en la relación del margen de discrecionalidad jurisdiccional y el alcance del tipo penal de prevaricato.

## **Problema de investigación**

Con la entrada en vigencia de los principios de constitucionalidad y de convencionalidad se amplía el catálogo de las obligaciones para la racionalización de la función de los servidores públicos conllevando a que actualmente no sea la ley la única fuente para medir el cumplimiento de las funciones de los servidores públicos.

Ante esta situación surgen innumerables problemas jurídicos respecto del delito de prevaricato, el interrogante central bien puede plantearse así: ¿Cómo pueden los jueces ordinarios operar el derecho jurisprudencial siguiendo las facultades de apartamiento del precedente que ofrece la constitución, sin incurrir en el delito de prevaricato por inobservancia del precedente vinculante o el quebrantamiento manifiesto de leyes y normas concretas?

## **Metodología**

Luego de una incursión a los últimos estudios y perspectivas doctrinarias en torno al nuevo esquema legislativo-judicial surge el planteamiento de una investigación social que implica tanto la reflexión crítica sobre las realidades que ofrece el nuevo derecho en Colombia como la necesidad de integración y delimitación de los nuevos criterios jurídicos que intervienen en la creación de este nuevo derecho.

De acuerdo con lo anterior y en un acto coherente entre el objeto de problema arriba planteado, y sus tres fases específicas de desarrollo se ha implementado una metodología trilematica integrada por el componente crítico, reflexivo y propositivo.

Así, se apreciará cómo cada uno de los componentes arriba mencionados se desarrollará en tres objetivos específicos como lo son, 1- ) Identificar los

principios que intervienen en la modificación del precedente constitucional como regla jurisprudencial superior. 2- ) Analizar las características reales y finalísticas del tipo penal de prevaricato y 3- ) Relacionar la descripción funcional del tipo penal de prevaricato frente a la operatividad del precedente constitucional por parte de los jueces ordinarios y en Colombia.

Como estrategia de abordaje al problema de investigación planteado se ha trazado el horizonte metodológico a partir de un enfoque cualitativo de tipo documental bajo un diseño bibliográfico hermenéutico, (Palella y Martins, 2010, p.85), debido a que el trabajo se fundamenta en la revisión sistemática, rigurosa y profunda de material documental de corte jurídico como lo son las normas codificadas, la doctrina y la jurisprudencia colombiana, los procedimientos lógicos y mentales propios de este diseño serán el análisis, la síntesis, deducción, inducción entre otros, obligando al investigador a presentar resultados coherentes.

Por otra parte, el acervo documental se remite a los diferentes criterios plasmados por la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-335 de 2008, instrumento documental que constituye el punto arquimédico y apoyo técnico para la organización del presente esquema de redacción con coherencia y unidad.

## **1. El principio de legitimidad en la modificación del precedente constitucional como regla jurisprudencial superior**

La discusión que plantea el presente título ha sido recientemente actualizada en los sistemas de derecho iberoamericanos con ostensibles consecuencias paradigmáticas que hoy marcan la senda de evolución a los Estados constitucionalistas, un ejemplo de ello son España y Argentina, el doctrinante Colombiano Esiquio Sánchez ve en España un modelo clave para la superación de la presente discusión al estimar que:

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. Por

tanto, 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.<sup>3</sup>

Sin embargo esta propuesta plantea el desafío de una verificabilidad ontológica toda vez que se sustenta únicamente sobre la optimización del mandato de justicia. Asunto eternamente discutible en atención a los diversos factores políticos que pueden permear una realidad problemática.

Por su parte, el derecho penal colombiano también reconoce la jurisprudencia de las altas cortes como fuente formal de derecho, porque incluso en reconocimiento de la vinculatoriedad flexible de su precedente, existe la exigencia de una carga argumentativa como prerrequisito concebido para demostrar la legitimidad de la actuación de aquel juez que se aparta de la norma; así pues el asunto de si se puede o no se puede dar un apartamiento o modificación a la norma so pena de prevaricato, es un asunto superado en la medida en que reiterados pronunciamientos de las altas cortes confirman la maleabilidad del sistema de precedentes compatible con la seguridad jurídica al contar con medidas disciplinarias cuyo objeto es guardar el respeto por la ley dentro de un marco de seguimiento a las reglas argumentativas y de interpretación del derecho.

Pero si bien, la flexibilidad del sistema de precedentes en Colombia no ha logrado superar al delito de prevaricato en gracia de un “legítimo apartamiento”, ello ha generado importantes discusiones de fondo acerca del rol del tipo penal sobre la demostrabilidad de las premisas jurídicas y fácticas, y la descripción de su influencia en la decisión del juez. Por ello han de revisarse dos temas: la legitimidad de la justificación en la decisión

<sup>3</sup> Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, Prevaricación: Plus De Antijuridicidad (Prevarication Plus Unlawfulness) (January 27, 2014). *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 34, No. 96, 2013. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2386241>.

judicial y la finalidad de la justificación como elementos determinantes en la valoración del prevaricato.

La necesidad de justificar la decisión se remonta a las constituciones del siglo XXI, donde se busca la cohesión social, se ha exigido directamente la obligación de motivar las decisiones judiciales. Ello, es una forma de legitimidad de la función judicial, como mecanismo de estabilidad y estrategia para evitar el mal uso de la discrecionalidad judicial acentuando el principio de legalidad y constitucionalidad<sup>4</sup>. Actualmente resultaría utópica la pregunta por la necesidad de justificar las decisiones judiciales pues se considera que siempre el juez debe motivar sus decisiones.

Ahora bien, se estructuran desde la teoría del derecho tres principales finalidades de la motivación de las decisiones judiciales. La primera refiere a la finalidad de control por los jueces de segunda instancia (Aarnio, 1991). La justificación de la decisión judicial permite que los jueces de superior jerarquía revisen los constructos argumentativos de los jueces de instancia para determinar la validez y corrección de la decisión del primer juez. Una decisión motivada es una decisión que puede revisarse.

La segunda refiere a la función de racionalidad. Se entiende que entre mejor este fundamentada una decisión es más racional. La racionalidad se ve como sucedánea de la objetividad. Luego permite la motivación reducir la toma de decisiones irracionales o discrecionales.

La tercera refiere a la función de legitimación de la decisión judicial frente a distintos tipos de foros o auditorios: las partes del litigio, la doctrina y la opinión pública. La motivación de la decisión judicial explica a las partes del litigio porque las pretensiones fueron concedidas o denegadas. El juez quiere que sus sentencias sean revisadas, el prestigio judicial juega un papel muy importante en los fallos judiciales, sobre todo, en los de las altas cortes. Además, el juez quiere ser conocido como un buen juez, ningún juez quiere ser famoso por su incompetencia y desconocimiento jurídico, luego la motivación constituye una fuente de legitimación ante la opinión pública general.

<sup>4</sup> El principio de necesidad de motivación judicial se encuentra positivizado en la Constitución Colombiana de 1991, y Española de 1978 se indica, en su artículo 120, el Código Penal Alemán, en su artículo 34, exige que el juez suministre las razones que respaldan sus decisiones.

## 2. Análisis de las características del tipo penal de prevaricato

Sobre la discusión de la obligatoriedad del precedente, desde los enfoques del derecho penal se presenta el interrogante acerca de si desobedecer el precedente puede entenderse como prevaricato. Se entiende, bajo esta perspectiva que la ley ya no es el único criterio para el control de los actos de los servidores públicos, a ella hay que sumarle la constitución y la jurisprudencia constitucional. A continuación se describe el fundamento del tipo penal y su estructura.

Sobre el delito del prevaricato la ley establece:

*El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.<sup>5</sup>*

El principal fundamento de este tipo penal es el principio de legalidad. Según el cual las actuaciones de los servidores públicos deben estar regidas en su forma y sentido por las disposiciones legales. Los servidores públicos encuentran vedadas las actuaciones que sobrepasen las reglamentaciones de ley. Se establece como delito las decisiones que se aparten de él. Se desea proteger el producto de deliberaciones democráticas.

La configuración de este tipo penal cualificado, en razón a su sujeto activo, encuentra reposo en el principio de legalidad que se inscribe dentro de las políticas del Estado de derecho. El Estado que desea proteger cierta orbita de acción de las intromisiones del poder central, y para poder efectuarlo burocratiza, de conformidad con Weber, su funcionamiento; establece reglas de actuación para sus servidores, con lo cual se quiere regular que las actuaciones de estos no sean discrecionales.

La idea general de esta forma de concebir las actuaciones del Estado y de los sujetos que lo representan, es el del gobierno de las leyes y no de

<sup>5</sup> Artículo 433 del Código Penal Colombiano

los hombres. Se desea proscribir la arbitrariedad, la discrecionalidad y las pasiones, para manejarse en grado de libertad e igualdad los status de los ciudadanos.

Para controlar esta situación y garantizar que se proceda de esta forma se han utilizado, por parte del mismo derecho, distintas estrategias. Acciones de nulidad, de inconstitucionalidad por ilegalidad, responsabilidad de los servidores públicos, regímenes disciplinarios y fiscales, y, para el caso aquí objeto de estudio, estrategias penales, que están establecidas con miras a proteger el recto cumplimiento de las labores administrativas. En este marco en donde se inscribe el delito del prevaricato.

## **2.1 La noción de principio de legalidad como fundamento del delito de prevaricato por acción en vigencia del Estado de Derecho**

El delito del prevaricato nace en el contexto del Estado de derecho y principalmente como un desarrollo del principio de legalidad, la idea general del Estado de derecho se centraba en el cumplimiento de los postulados legales por parte del poder central, con lo cual se debía garantizar una órbita de libertades a favor de los ciudadanos que constituía la aplicación del principio de Píndaro (Contreras S. 2013), cuando hablaba sobre el gobierno de las leyes y no de los hombres.

De cierta forma siguiendo a Max Weber en economía y sociedad se trataba de la racionalización burocrática en el ejercicio de las funciones públicas (Fleet N., 2009). En un sentido similar pero más concreto, Norberto Bobbio (1996) le concibe como el límite material del reconocimiento de algunos derechos fundamentales considerados constitucionalmente, y por tanto inviolables. La principal forma del desarrollo de la idea del Estado de derecho se concretizaba mediante el principio de legalidad. Según el principio de legalidad los diferentes órganos del Estado ostentaban como medida y límite para el cumplimiento de sus funciones los mandatos de Ley. Esta forma de concebir el ejercicio de las funciones públicas se fundaba en las ideas filosófico-políticas ilustradas que inspiraron la revolución francesa. El órgano legislativo era considerado el principal centro ‘jerárquico de producción del derecho por cuanto se constituía por la representación de los ciudadanos, la participación democrática en la producción jurídica legitimaba, sin tener en cuenta el contenido material.

Por su parte, Ferrajoli presenta una forma de ver el Estado de derecho, desde la perspectiva sentada por los Estados constitucionales, en la cual convergen, como forma de legitimación, la mera legalidad con la estricta legalidad.<sup>6</sup>

A partir del principio de legitimidad se puede describir la gestación de tres principales instituciones. La primera era la creación de jueces encargados de velar porque en el tráfico jurídico de los particulares estos cumplieran las reglamentaciones del legislador, así los jueces estaban encargados de, bajo la potestad dignataria, aplicar tanto las recompensas (derivadas del cumplimiento) como las sanciones jurídicas (derivadas de la trasgresión) de la ley. En este orden de ideas los jueces tenían a la potestad de decretar el cumplimiento forzado de los contratos, las nulidades adjudicaciones de bienes o rescisiones y demás consecuencias jurídicas que prevenían las normas para las relaciones jurídicas entre particulares.

La segunda institución estratégica que quizá ha sido de las más importantes del derecho público administrativo francés moderno ha sido la creación de la jurisdicción contenciosa. El punto nodal de la creación de esta jurisdicción se basaba en que antes del fallo blanco no existía control jurídico de la administración para el ejercicio de sus funciones (Islas Alfredo). Con el fallo blanco del tribunal contencioso francés en 1793 inició el desarrollo primero jurisprudencial y luego legal del control judicial de las actuaciones de la administración, de allí en adelante se derivaron múltiples figuras jurídicas mediante las cuales se hacía viable imputar a la administración responsabilidad por las irregularidades que se derivaran del cumplimiento de sus funciones, fue desde esa época que se comenzaron a gestar los elementos de las discusiones actuales sobre falla del servicio, riesgo excepcional, riesgo especial, y responsabilidad objetiva de la administración en el cumplimiento de sus funciones. Estas figuras de responsabilidad en su consiguiente control jurisdiccional especial, en un grado de abstracción mayor, son mecanismos que permiten el desarrollo

<sup>6</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 857, Trotta, Madrid (2001): En todos los casos se puede decir que la mera legalidad, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, concibe con su legitimación formal, mientras la estricta legalidad, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su legitimación sustancial.

eficiente del principio de legalidad, al acompasar las actuaciones del poder estatal a la racionalización legislativa.

La tercera estrategia para el desarrollo y control del principio de legalidad se dio por la tipificación de delitos que, en última instancia velaran por el recto cumplimiento de las disposiciones legales por parte de la administración. Entre esos delitos se destacan por ejemplo el cohecho, la concusión, peculado y el prevaricato.

### **3. Sobre el delito de prevaricato**

El prevaricato nació como una figura jurídica de tipo penal que tenía como finalidad proteger el correcto cumplimiento de los deberes por parte de los funcionarios públicos. En un principio este tipo penal tenía como sujeto activo a los funcionarios y servidores públicos. Toda vez que los primeramente obligados por el principio de legalidad dentro del Estado de derecho eran sus funcionarios. Así, la mayoría de las relaciones jurídicas entre los particulares salvo casos excepcionales de reglamentación entre normas de orden público, se regían por el principio de la autonomía privada. El objeto del tipo penal estaba integrado por la ejecución de actos u omisiones que fueran abiertamente contrarios a la ley. Se trataba pues de una afrenta al desarrollo y restricción de los deberes que imponía la realización burocrática del Estado de derecho. De esta forma se trataba de proteger, en primer lugar, a los ciudadanos bajo la perspectiva de que se garantizaba que el desarrollo de las funciones de la administración corría los cauces que habían sido señalados por el legislador; y además, se protegía la administración mínima por cuanto se des-incentivaba aquellas conductas dañosas que afectaban su buen funcionamiento y de las cuales se podría derivar responsabilidad a cargo del Estado.

De conformidad con lo establecido en los párrafos anteriores y dado que el Estado constitucional no representa un simple cambio del Estado de derecho, la configuración del delito de prevaricato tiene su fundamento en el principio de legalidad que se constituía en la regla y medida del cumplimiento de los deberes y funciones por parte de los servidores públicos; la cercana relación de estas dos figuras jurídicas se enmarca dentro de la noción de Estado de derecho, especialmente bajo la perspectiva de la reducción de las fuentes formales del derecho a la ley por parte de un órgano central que reclamó el

uso legítimo de la fuerza. Estado de derecho y ley se muestran como las dos caras de la misma moneda.

### **3.1 El tipo penal de prevaricato a la luz de la Corte Constitucional colombiana**

El constitucionalismo contemporáneo reconoce las limitaciones de los Estados de derecho frente a la operatividad de los principios, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina como fuentes formales que dificultan y complejizan el catálogo de los deberes de los servidores públicos. Para decir que con la entrada en vigencia de los principios de constitucionalidad y de convencionalidad se amplía el catálogo de las obligaciones para la racionalización de la función de los servidores públicos, basta examinar el sustento sobre el cual el principio de legalidad ha cedido gran parte de su importancia a los principios de constitucionalidad y de convencionalidad. Bajo el atisbo del principio de constitucionalidad, de la norma constitucional se derivan deberes y funciones directas de obligatorio cumplimiento para los funcionarios públicos. Deberes y obligaciones que inclusive ostentan una máxima validez jerárquica respecto de los deberes y funciones provenientes de la ley, por ejemplo, en la Constitución política de Colombia el artículo cuarto establece que la constitución es norma de normas, cualquier caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley se aplicara los mandatos de la constitución. Y en el artículo seis se establece que los servidores públicos responden por el cumplimiento de la constitución y la ley y por cualquier extralimitación en el cumplimiento de las mismas. Lo cual a trazos generales está respaldado por los art 237 y 249 de la constitución política.

Ahora bien, con base en el principio de convencionalidad a los deberes y obligaciones legales y constitucionales se les suman aquellas obligaciones a los servidores públicos del cumplimiento de lo estipulado en los tratados convenios y convenciones internacionales de derechos humanos y de derechos económicos sociales y culturales celebrados por Colombia, lo cual está fundamentado especialmente en los art 93, 44 y 53 de la Constitución política.

Todo lo anterior conlleva a que actualmente no sea la ley la única fuente para medir el cumplimiento de sus funciones. Ante esta situación surgen innumerables problemas jurídicos respecto del delito de prevaricato, como por ejemplo: ¿Cómo puede exigírsele a un servidor público el cumplimiento

de unas funciones constitucionales que generalmente adolecen de una indeterminación normativa?

Pues bien, es de anotar que la evolución jurisprudencial sobre este tópico aunque ha sido especialmente tímida, si emite pronunciamiento interpretativo cuyo punto de partida se encuentra en sentencia C-335 de 2008 dónde se preguntó si ¿incurren en prevaricato por acción los funcionarios públicos, por desconocer la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes? Dando por sentado que los funcionarios públicos sólo incurre en el delito de prevaricato por acción por desconocer jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, sí:

*1. La jurisprudencia es una simple subsunción de la Constitución o la ley. En este caso, los funcionarios públicos pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente. 2. Se trata de un fallo de control de constitucionalidad de las leyes o de la jurisprudencia sentada por aquéllas que comporte una infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general. En el caso de la Corte Constitucional resultará indicativo examinar si se está en presencia de un manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitucional constante. Los fallos de reiteración se caracterizan por que la Corte (i) simplemente se limita a reafirmar la vigencia de una subregla constitucional perfectamente consolidada; (ii) su número resulta ser extremadamente elevado; y (iii) constituyen interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley o un acto administrativo de carácter general, por parte del juez constitucional.*

Aunque el proveído resulta valioso en cuanto se sirve en precisar los alcances de la conducta no se eleva más allá de una concepción formalista no aporta un soporte argumentativo suficiente con el cual se proteja el principio de autonomía judicial cuando el juez considere pertinente alejarse del precedente jurisprudencial.

Así es como más tarde, la Corte en sentencia T-891 de 2011 al plantearse ¿Cuál es el límite a la autonomía del poder judicial en materia de decisiones judiciales?, se encontraba indagando sobre cuál sería la verdadera autonomía del poder judicial y de las demás autoridades que ejercen funciones públicas, debido a que la delgada línea para incurrir en prevaricato por acción es completamente crítica, allí observó que:

*“Por lo establecido en los artículos 228 y 230 de Constitución Política, el poder judicial es autónomo e independiente y los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. Esta regla general de independencia y autonomía del poder judicial no es absoluta, sino que encuentra sus límites en la realización de otros valores constitucionales. En materia de decisiones judiciales, se destaca el respeto por el principio de igualdad, del cual surge como límite a la autonomía e independencia de los jueces, el respeto por el precedente. Ahora bien, el sometimiento al precedente no puede convertirse en una camisa de fuerza para el juzgador. Las autoridades judiciales pueden apartarse válidamente de precedentes previos, bien sean estos verticales u horizontales, siempre y cuando se justifiquen debidamente las razones para ello. Dicha carga argumentativa comprende demostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte. También es posible apartarse del precedente (i) cuando los hechos en el proceso en estudio se hacen inaplicables al precedente concreto, (ii) cuando elementos de juicio no considerados en su oportunidad, permiten desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica (iii) o ante un tránsito legislativo o un cambio en las disposiciones jurídicas aplicables, circunstancias que pueden exigir una decisión fundada en otras consideraciones jurídicas.*

De esta manera, a pesar de que se abre paso a la existencia de una carga argumentativa propia del legítimo apartamiento del precedente jurisprudencial, no se profundiza lo suficiente en la misma.

Posteriormente, la Sentencia T – 891 de 2011 procura dar un respiro a los funcionarios públicos al referirse a la carga argumentativa que estos deben solventar al querer apartarse del precedente, es menester mayor precisión por parte de la Corte debido a que la delgada línea de apartamiento del precedente puede vulnerar dos principios opuestos entre sí pero completamente necesarios para la armonía de los ordenamientos jurídicos, la igualdad y autonomía judicial.

En otro intento, la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 motivó lo siguiente:

*En consideración de la autonomía con la que cuentan las autoridades judiciales, estas pueden apartarse del precedente fijado por las Altas Cortes, siempre y cuando: 1. Se haga explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial. 2. Se demuestre suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios*

*y valores constitucionales. 3. Se demuestre que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. 4. No se niegue la fuerza vinculante prima facie del precedente, se fundamente el cambio de jurisprudencia en un simple arrepentimiento o cambio de parecer, o se sustente la decisión en el particular entendimiento que el juez o tribunal tengan de las reglas formales de derecho aplicables al caso.*

Y en cuanto a las autoridades administrativas refirió que estas no podían apartarse del precedente debido a que:

*Los funcionarios administrativos carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales. Por lo tanto, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo. En ese sentido, las autoridades administrativas deben seguir las siguientes reglas: 1. En aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas cortes. 2. Si se está ante la presencia de diversos criterios jurisprudenciales existentes sobre una misma materia, las autoridades públicas administrativas están llamadas a evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso en concreto.*

Así las cosas, el precedente que complementa el delito de prevaricato en su concepción moderna resulta ambivalente, en la medida en que presupone la ley como regla de ajuste para su configuración e igualmente presupone la no existencia de otras fuentes jurídicas para el cumplimiento de los deberes de los servidores públicos.

### **3. El margen de discrecionalidad jurisdiccional y el alcance del tipo penal de prevaricato en Colombia**

En la sentencia C-335 del año 2008 la Corte Constitucional resuelve declarar EXEQUIBLE, el artículo 413 del Código Penal, Por el cual se

tipifica el delito de prevaricato en caso de “desconocimiento” del precedente constitucional, tomando la palabra desconocimiento de forma incipientemente indistinta del apartamiento que es tratado en este proveído como su sinónimo; esta resueltamente indica que la desobediencia del precedente constituye prevaricato solamente en aquellos casos en los cuales existen reglas jurisprudenciales suficientemente arraigadas en la práctica jurídica.

Lo anterior, a la luz de la práctica judicial resulta en una *pseudo* positivización jurisprudencial con tendencia de extensión que se ha venido asentando en la cultura y la práctica jurídica local Colombiana, tal como se observa en la ley 1437 de 2011, *por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, donde se introdujo innovaciones importantes en el derecho administrativo colombiano. Algunas de esas “innovaciones” corresponden a la positivización de tendencias judiciales que se habían venido asentando en la cultura y la práctica jurídica local.

Con este precepto se cumplían, por lo menos, tres finalidades importantes. En primer lugar, se hace explícita la tendencia de obligatoriedad que había venido gestándose, desde la Corte Constitucional, especialmente, en las sentencias C-143 de 1992, C-037 de 1996, y C-836 de 2001, respecto de las decisiones de las “altas Cortes”. En segundo lugar, se trasporta la figura de la “unificación jurisprudencial”, que la Corte Constitucional, manejaba como criterio argumentativo mediante la estrategia de las sentencias SU. En tercer lugar, se evidencia la preocupación legislativa por la forma en la que el modelo anterior de decisión del Consejo de Estado, afrentaba gravemente el principio de igualdad, de ahí el efecto per-locucionario de la primera oración del precepto transcrito.

Pues bien, siendo el sistema jurídico colombiano de naturaleza mixta, la Corte Constitucional se refiere a la armonía del formalismo (Sentencia, C-037.2000), afirmando que la jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional al referirse a la función que tiene de intérprete de la carta superior dijo que cuando esta labor (Sentencia, C-634.2011), es adelantada por aquellas máximas instancias de justicia, que tienen la función constitucional de unificar jurisprudencia con

carácter de autoridad, las subreglas resultantes son vinculantes, siendo el sustento de esa conclusión la naturaleza imperativa que la Carta confiere a la Constitución y a la ley. En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

El orden finalístico de los Estados constitucionales señala que más allá de ajustar a derecho los problemas deben ser abordados como realidades sociales sobre las cuales bien pueden aplicarse ya sea la norma (leyes, artículos, decretos) o los mandatos de optimización (principios). De allí se espera que un juez más allá de solucionar un problema, ocupe su preeminente lugar como guardián de los cánones constitucionales decidiendo sobre el significado de la ley de formas legítimamente explicativa través de las razones de justificación exigidas por la corte y materializadas como deber propio de sus funciones en carga argumentativa. Ya en su momento Roque Carrión Wam; en lo que podría ser una adaptación a la descripción del presente problema señaló que: “El derecho constitucional se convierte así, de hecho, en un terreno jurídico de frontera entre la legolatría, como exacerbación del principio de legalidad y el agigantado rol del juez, en la interpretación de la textualidad normativa y los valores históricos de una cambiante realidad social.”

En este estado, Bien lo supo explicar Aaranio cuando afirmaba que; “...lo que ha remplazado la fe en las autoridades es la exigencia de que las opiniones sean justificadas, la exigencia de la justificación fáctica ha desplazado la fe en el poder mismo”, y es que si bien es cierto las consideraciones que fundamentan la decisión judicial se encuentran expuestas a la maleabilidad de la retórica, esto no es óbice de verificabilidad de la justificación, dada la amplia reiteración que ha puntualizado la Corte Constitucional Colombiana de las reglas argumentativas que debe seguir el juez para la recta impartición de justicia.

Aunado a lo anterior se cuenta también con mecanismos jurídicos que fungen de verificadores del buen derecho, como lo son las acciones de inconstitucionalidad, la delimitación de las vías de hecho para la procedencia de tutelas contra sentencias, y por último el mismo tipo penal de prevaricato.

Frente a los jueces ordinarios en el ejercicio de sus competencias funcionales, el prevaricato aparece en esta discusión con una doble connotación. Por su narrativa prescriptiva puede afirmarse que el delito de prevaricato se

perfila como un medio de control pero, en sentido práctico que este tipo penal representa una barrera que limita la acción interpretativa de los jueces en un sentido hiper-preventivo, donde su descripción típica tan abstracta permite que el delito se irradie de manera superlativa a en la medida en que deja en la indeterminación, quienes, cuándo, cómo, porqué, en qué modalidades, bajo qué agravantes y de qué forma se puede incurrir en prevaricato.

Teniendo en cuenta la obligatoriedad del precedente, su exigibilidad y excepciones, la discusión abordada ha sido sectorizada en cuatro partes generales que presentan distintas respuestas acerca de la cuestión. Cada parte revisa y reconoce los argumentos convergentes de la literatura jurídica en torno a los problemas de compatibilidad del tipo penal de prevaricato, las facultades interpretativas de los jueces y la obligatoriedad del precedente Constitucional. En este orden de ideas debe indicarse que los suscritos autores provisionalmente se permiten relacionar la revisión de estas cuatro posturas teóricas como tesis escéptica, tesis optimista, tesis moderada, y tesis integradora. Antes de entrar al estudio de las tesis referidas sea de aclarar que al interior de cada una de estas tesis pueden surgir distintas versiones que teniendo en cuenta aspectos centrales muestran perspectivas interesantes para la solución del problema central y lo cuestionamientos afines que a él se adscriben.

Frente nuestro temor legalista como impedimento para los jueces en la interpretación constitucional de las leyes, la tesis escéptica aborda el problema desde los argumentos de aquellos autores tradicionalistas del derecho penal. Esta afincada en una concepción formalista del derecho<sup>7</sup>. El núcleo central del argumento es el siguiente: desconocer el precedente por parte de los jueces no constituye prevaricato. Los argumentos centrales de esta tesis son tres. El primero afirma que el precedente no constituye una fuente formal del derecho de conformidad con el art 230 de la constitución política la jurisprudencia es entendida simplemente como un criterio auxiliar de interpretación de la ley; al no ser entendida como una fuente formal del derecho no es exigible su

<sup>7</sup> Sustentada en sentencias de la primera Corte Constitucional y en la redacción del artículo 48 de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia. En las sentencias C-113 de 1993 y C 131 de 1993, la Corte argumentó por la falta de obligatoriedad de la parte motiva de la jurisprudencia. En igual sentido, en el artículo 48 de la precitada ley, se estableció que la motivación de las sentencias constituye únicamente criterio auxiliar de la actividad judicial.

cumplimiento a los servidores públicos, para el caso particular a los jueces. El único desconocimiento que constituye prevaricato es el de la ley.

El segundo argumento manifiesta que además de lo anterior epistemológicamente es imposible exigirles tanto a los jueces como a los ciudadanos que conozcan todas las reglas de origen jurisprudencial que constituyen a base del precedente. En un sistema jurídico como el colombiano en el cual existen tres a las corte que anualmente profieren cientos de sentencias y que sumado a ello existen cientos de tribunales y jueces que diariamente establecen reglas jurisprudenciales mediante sus providencias, resultaría abiertamente desproporcionado exigir tanto a los ciudadanos como a los jueces que tomen estas reglas como pautas de conductas para racionalizar sus comportamientos.

El tercer argumento sostiene que el desconocimiento de la jurisprudencia no constituye prevaricato por imposibilidad práctica. Esta imposibilidad práctica se disgrega especialmente en dos vertientes. Según la primer vertiente la imposibilidad práctica se materializa en que jurisprudencialmente resulta muy difícil el determinar cuáles de los apartes de la jurisprudencias resultan obligatorias ello se materializa en las discusiones actuales acerca de las distinciones entre la parte resolutive de la sentencia la motivación de la misma, la ratio decidendi y la obiter dicta. Categorías distintivas que obran muy bien en las construcciones teóricas pero que en la práctica son de difícil aplicación. La segunda vertiente sobre la imposibilidad práctica se refleja en los disímiles y contradictorios puntos de vista que tiene la jurisprudencia sobre importantes puntos del derecho, no se trata simplemente de cambios en diferentes tiempos sobre un mismo punto, sino de diferentes puntos en un mismo tiempo derivado ello de la forma estructural a la toma de decisiones judiciales que se vislumbra en la forma organizativa de las salas y sus sesiones de decisión.

La segunda tesis que en este escrito es designada como la tesis optimista está fundada en una concepción fuerte del constitucionalismo actual y en un papel protagónico de las entidades judiciales encargadas de garantizarla supremacía constitucional<sup>8</sup>, según esta tesis el desconocimiento del precedente

<sup>8</sup> Los principales argumentos que sustentan este lado de la balanza señalan que no existe una clara diferenciación entre la creación y la aplicación del derecho; la falta de obligatoriedad del precedente judicial le resta estabilidad, igualdad, coherencia y aumenta la discrecionalidad en la actividad judicial

por parte de los jueces constituye prevaricato. Esta tesis, que es sostenida especialmente por constitucionalistas, se basa en tres argumentos principales.

El primer argumento afirma que el precedente resulta obligatorio para todos los servidores públicos por razones de máxima validez, igualdad y de sistematicidad en el ordenamiento jurídico<sup>9</sup>. En el constitucionalismo actual el precedente se hace obligatorio porque es una garantía de la máxima validez de la constitución y se constituye como un respaldo sin el cual las discusiones constitucionales serían solamente mandatos eidéticos sin fuerza normativa. Es decir que el fundamento principal de la obligatoriedad del precedente radica en su función garantista de las disposiciones ius constitucionales, sumado a ella se encuentra con la situación segunda según la cual el precedente es garantía de igualdad. Toda vez que reduce la posibilidad de que casos similares sean resueltos de distintas maneras, lo cual contribuye a aumentar los supuestos esenciales del sistema jurídico, es decir la completud y la coherencia.

El segundo argumento de esta tesis es un argumento de moralidad, según este argumento el desconocimiento del precedente implica prevaricato debido a que sería una contradicción afirmar que el precedente es obligatorio pero que su inobservancia no constituye prevaricato; existe pues una imposibilidad lógica sostener dos afirmaciones que se niegan entre sí.

El tercer argumento es un argumento tomado de las concepciones clásicas del derecho francés según este argumento la fórmula de la presunción de conocimiento de la ley es llevada hasta un punto extremo. Actualmente la concepción de ley es integrada en un sentido material con las concepciones de Constitución, tratados y precedentes por lo cual a esta fórmula clásica establecida en el artículo 9 del código civil debe ser entendida y reconstruida bajo los supuestos que se resume conocida tanto la ley como la constitución los tratados y la jurisprudencia.

<sup>9</sup> Considerar que el delito de prevaricato solo se tipifica si se afrenta la ley, prima facie, generaría un conflicto con los artículos 24, 228 y 241 de la Constitución Política. Ya que, “dentro de la órbita del bien jurídico tutelado, dicho enunciado restringe la sanción penal a que el servidor público dicte una decisión o un concepto manifiestamente contrario a la ley, pudiendo en consecuencia desconocer los contenidos de cualquier precepto constitucional sin que exista sanción penal en esos eventos”. En igual sentido ocurriría si se desconoce el precedente constitucional. Poco sentido tendría que el precedente fuera obligatorio pero que su fragante desconocimiento no conllevara sanción penal similar a la del desconocimiento de la ley.

Ahora bien, la tesis tercera y cuarta son tesis moderadas por cuanto se sitúan en puntos centrales respecto de las dos tesis anteriores. Toman prestados algunos de los argumentos extremos y los temperan con posibilidades prácticas y jurídicas subyacentes. Es así como se sustentan en conceptualizaciones como la obra de Hart (Sentencia, T-406.1992), al afirmar que el juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución - sus principios con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.

Según la tercera tesis aquí denominada como moderada, ha sido sostenida por ejemplo por la corte constitucional colombiana en la Sentencia C-335 de 2008 la desobediencia del precedente constituye prevaricato solamente en aquellos casos en los cuales existen reglas jurisprudenciales suficientemente arraigadas en la práctica jurídica. Es decir que se han dado lo que la corte ha llamado sentencias de unificación o sentencias reiterativas que permiten un alto conocimiento por parte de los actores jurídicos de las reglas allí establecidas, esta postura se sustenta especialmente en tres argumentos.

En su primer argumento, esta tesis sostiene que el precedente es obligatorio pero de una forma distinta a la obligatoriedad que deriva de la ley. En los constitucionalismos democráticos actuales se entiende que por especialidad y legitimidad el principal órgano encargado de expedir disposiciones jurídicas vinculantes es el legislador. Esta primera premisa que se asimila a uno de los argumentos de la tesis optimista se ve atemperada al compartir el argumento de la tesis escéptica. En el entendido que el precedente también se hace obligatorio pero de una forma menos fuerte. Es decir el cumplimiento de la ley se hace insoslayable mientras que el precedente pese su obligatoriedad puede ser desatendido siempre y cuando se justifique razonadamente su apartamiento. Así las cosas el juez encuentra como obligatorios aquellos precedentes en los cuales no haya una justificación razonada para apartarse de ellos.

El segundo argumento plantea que no es posible exigirles a los jueces y ciudadanos que conozcan todas las reglas jurisprudenciales. En ello se asimila a uno de los argumentos de la tesis optimista. Pero de esta premisa no conlleva a establecer la imposibilidad de la configuración del prevaricato sino que conlleva una consecuencia más limitada resulta pues, moderada esta tesis por cuanto solo exige el cumplimiento de aquellos precedentes

jurisprudenciales que hayan sido ratificados en múltiples ocasiones por los órganos jurisprudenciales de más alto rango dentro del ordenamiento jurídico conllevando a una especial garantía epistemológica de su conocimiento.

El tercer argumento de esta tesis conjuga la obligatoriedad del precedente con el principio de autonomía judicial. Pues concede un papel protagónico a la independencia judicial, pues pese que establece la obligatoriedad del precedente reconoce el valor principal del juez en la construcción del ordenamiento jurídico al permitirle apartarse legítimamente del precedente cuando encuentre razones fundadas para ello especialmente en aras a la protección de los derechos fundamentales y a la supremacía constitucional.

La tesis integradora se perfila como escenario predilecto para el desarrollo del constructo formulativo para desatar el problema bajo estudio dado que esta tesis tiene como principal finalidad solventar los problemas que presenta la tesis moderada. Especialmente por cuanto la tesis moderada no establece criterios claros para la determinación de los eventos en los cuales se configura el prevaricato. La idea central de esta tesis es que el delito de prevaricato resulta incompatible con la obligatoriedad del precedente. Esta idea se fundamenta en tres argumentos: uno ontológico, uno epistemológico y un tercer argumento analítico; el primer argumento ontológico señala la necesidad de distinción entre el concepto de obligatoriedad a vinculatoriedad del precedente, un segundo argumento de carácter epistemológico señala que el manejo de la técnica de precedentes debe estar acompasado por la creación de líneas jurisprudenciales determinables por asunto o discusión y un tercer argumento analítico referente a la necesidad de clasificación de los distintos tipos de sentencias que integran el precedente.

El anterior escenario crea el punto de partida para sustentar de manera teórico jurídica las incompatibilidades del actual tipo penal de prevaricato con la tesis integradora, han de formularse los siguientes términos: 1) Un primer argumento de indeterminación semántica; 2) Por razones de organización de la jurisdicción; 3) Por exclusión de la obligatoriedad de otras sentencias.

La indeterminación semántica, como primer argumento, señala la enorme dificultad de adecuación típica de la conducta prevaricadora habida cuenta de que, dicha conducta no es exigible o verificable de manera unívoca por cuanto responde a dinámicas distintas que varían no sólo según la jurisdicción y competencia del juez sino, (y de una manera más compleja), de la valoración y ponderación de los principios constitucionales que irradian la

teoría del caso. Por lo que se puede afirmar que el ejercicio interpretativo se redefine en cada evento judicial como expresión propia del razonamiento de los operadores jurídicos que estudian y valoran los distintos casos sub-judice.

Si bien las nuevas disposiciones de derecho constitucional se caracterizan por su indeterminación semántica mayor que las disposiciones positivas, como lo es la tipificación del delito de prevaricato que en un trasfondo no persigue otra cosa que la protección de bien jurídico igualmente indeterminado, cuando nos referirnos a “recta y eficaz” como características funcionales de la administración de justicia, observamos que estas pertenecen o están irradiadas por el estatus de derecho fundamental que se caracterizan por su indeterminación, no obstante esta no es una indeterminación que afecte sólo la norma sino un problema general del lenguaje. Las normas se expresan mediante el lenguaje, las características y problemas de aquel, se ven reflejadas en este. De forma más específica, las leyes, los actos administrativos, los contratos y las sentencias se caracterizan también por su indeterminación y ambigüedad; aunque no puede afirmarse que todas estas disposiciones jurídicas ostentan el mismo grado de indeterminación. La indeterminación de las disposiciones jurídicas constitucionales sí existe y, por lo general, son las de más alto grado dentro de lo jurídico. Pero también pueden ser verificadas en cuanto a su funcionalidad y pertinencia en lo que Gadamer ha explicado como “control hermenéutico”. (Streek L. 2014).

Luego, la estrategia de reproche o castigo al apartamiento o desconocimiento del precedente puede que obre de forma adecuada como mecanismos de precisión de disposiciones administrativas a través de normas adscritas, empero no corre el mismo destino en el campo del la práctica judicial y de la tendencia constitucionalista del derecho, en donde el grado de indeterminación interpretativa es mayor. Se acepta, en el caso administrativo la precisión judicial como un presupuesto necesario para la protección del contenido de los derechos fundamentales de los gobernados; es decir, que más que por su conveniencia se acepta por urgencia y necesidad. Por tanto, en el campo de deliberación decisional su uso debe ser restringido por innecesario, pues las disposiciones programáticas de los estados constitucionalistas ostentan un grado de indeterminación semántica en cuanto al sentido e interpretación del derecho.

En segundo lugar, la figura de la unificación jurisprudencial obra adecuadamente en el campo del derecho constitucional, porque, la estructura de la jurisdicción constitucional es, pese a la competencia de todos los jueces,

especialmente concentrada. Es decir, en los niveles básicos el control de constitucionalidad, mediante los diversos mecanismos, puede ser efectuado por cualquier juez, y, en última instancia, está radicada en la Corte Constitucional. Luego, no existe, como tal una jurisdicción constitucional funcionalmente organizada, como en el caso de la jurisdicción administrativa. La falta de concentración en instancias primarias de la jurisdicción constitucional, es lo que posibilita la necesidad de unificaciones ulteriores.

En tercer lugar, la operatividad de la figura del prevaricato explicada en la sentencia transcrita, deja por fuera la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Constitucional, y de los Tribunales Administrativos. Mediante la sentencia C- 634 de 2011, la Corte Constitucional, resolvió el primer inconveniente, en el sentido de declarar EXEQUIBLE el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 “en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.” No obstante, la jurisprudencia de los tribunales no ha recibido pronunciamiento actual de fondo. Lo cual hace emblemática la necesidad de reconfiguración del tipo penal del prevaricato. El planteamiento de la cuestión radica en que, actualmente, no solo la desobediencia o apartamiento manifiesto de la ley configura tal delito, sino que, el incumplimiento de la constitución y el precedente pueden tener idénticos resultados. Postulados que no se conciben como compatibles con el tercio anti formalista actual.

## Conclusiones

En Colombia el principal fundamento de tipo penal que describe la conducta de prevaricato es el principio de legalidad. Según el cual las actuaciones de los servidores públicos deben estar regidas en su forma y sentido por las disposiciones legales. Los servidores públicos encuentran vedadas las actuaciones que sobrepasen las reglamentaciones de ley. Se establece como delito las decisiones que se aparten de ella y se desea proteger el producto de deliberaciones democráticas.

Queda en evidencia un desfase evolutivo entre la realidad social del Estado de derecho y su evolución a Estado constitucional desde el prevaricato como tipo penal que se ha quedado congelado en una descripción típica del estado de derecho, donde se presume un sujeto agente cualificado, en razón a su sujeto activo, su fórmula muestra un Estado que desea regular cierta orbita de acción desde el poder central que irradian los principios del derecho. Así, estableciendo reglas de actuación para sus servidores, se quiere regular que las actuaciones de estos no sean discrecionales.

El apartamiento la adición o modificación del precedente no necesariamente implica la comisión del ilícito de prevaricato siempre y cuando se cumpla en debida forma con la carga argumentativa que expresa y juiciosamente ha señalado la corte constitucional y la constitución política, empero, tampoco existe en nuestro ordenamiento político un sistema o una sectorización argumentativa que permita identificar las características propias de los cánones argumentativos para la adición, para la modificación, o para el apartamiento del precedente, es decir, nuestros jueces no tienen claridad sobre los prerequisites, técnicas y rigorismos a seguir en la argumentación que modifica, distinto a la argumentación que adiciona y/o aquella que se aparta. Ello configura el escenario propicio para el temor de un delito tan abstracto como el prevaricato e impide el desarrollo del derecho viviente en Colombia.

Finalmente, con el objeto de satisfacer el cuestionamiento central del presente escrito, ha de precisarse la selección de un modelo jurídico funcional y compatible con los caracteres propios del sistema de fuentes y precedentes Colombiano, para de esta forma procurar la vigencia de una doctrina jurídica que le permita a los jueces ordinarios operar el derecho jurisprudencial siguiendo las facultades de apartamiento del precedente que ofrece la constitución, sin incurrir en el delito de prevaricato por inobservancia del precedente vinculante o el quebrantamiento manifiesto de leyes y normas concretas es siguiendo un componente doctrinal idóneo que complementa la explicación funcional del delito de prevaricato provista por la Corte Constitucional en sentencia C-335 de 2008, por lo que entonces la carga argumentativa ha de ceñirse sistémicamente en cada apartamiento no solo a los requerimientos triangulados en desarrollo de la línea jurisprudencial constitucional en materia de prevaricato, sino también ha de verificarse el tipos de sentencia sobre la cual se está aplicando el ejercicio interpretativo y el tipo de sentencia contenedora del precedente a desconocer o desobedecer.

## Recomendaciones

Teniendo en cuenta las anteriores conclusiones se perfilan dos opciones estratégicas, una de ellas de contingencia y la segunda de superación.

En cuanto a la primera se hace necesario enfatizar desde las facultades de derecho sobre el proceso de interpretación y aplicación que cubre el ciclo de eterna autovalidación del derecho, lo que se busca no es unificar un criterio racional para las tres distintas modalidades en que pueden surgir las subreglas, (entre otras razones porque ello ya está ordenado en los pronunciamientos de la corte constitucional), sino que, a manera contingente se plantea la reconfiguración de la filosofía iure y la hermenéutica según la contextualización de la práctica judicial colombiana, para concientizar al jurista como intérprete de la norma de la importancia de los criterios claves para el control hermenéutico en las decisiones judiciales.

Acompasado a lo anterior se recomienda la actualización hermenéutica del principio de legalidad y el principio de constitucionalidad, como nueva medida para los actos de los servidores públicos. Ello Formula desde la dinámica institucional del Estado un autocontrol preventivo frente al prevaricato desde la conversión propuesta por la evolución de los Estados de derecho a Estados constitucionales, como nueva tendencia superada por los modelos de los estados modernos.

## Referencias

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. (Trad. de Ernesto Garzón Valdés). p.120. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2000). Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. *Doxa*, 23. P. 207 (Trad. de A. Daniel Oliver Alana) Universidad de Kiel. Recuperado de: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142026.pdf>
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2004). *Teoría del discurso y los derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Berman, H. (1996). *La formación de la tradición jurídica de occidente*. (Trad. Mónica Utrilla). México: Fondo de Cultura Económica.

- Bernal, C. (2007). *El Neo constitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado.
- Bernal, C. (2008). *El Neo constitucionalismo y la normatividad en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1996, Julio). Liberalismo y democracia. Fondo de Cultura Económica (4a reimpresión), P. 4. recuperado de: <http://www.fder.edu.uy/contenido/r/rrll/contenido/licenciatura/documentos/4873847384783247836478364783647836478.pdf>
- Bowles, S., & Gintis, H. (2006). Social preferences, homo economicus, and zoon politikon. *The Oxford Handbook of Contextual Political Analysis*, 172-186. Editor Robert E. Goodin, Charles Till. Recuperado de: [https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=D7P3X99RWvkC&oi=fnd&pg=PA172&dq=related:Gx4es86cv\\_wj:scholar.google.com/&ots=bx2nISG-yf&sig=eUJ1siib11HogIozLB-6rXwoUR8#v=onepage&q&f=false](https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=D7P3X99RWvkC&oi=fnd&pg=PA172&dq=related:Gx4es86cv_wj:scholar.google.com/&ots=bx2nISG-yf&sig=eUJ1siib11HogIozLB-6rXwoUR8#v=onepage&q&f=false)
- Carbonell, M. y Jaramillo, L. (2010). *El canon neo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. (1886). *Ley 61, Artículo 38, Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales*. Bogotá: Diario oficial.
- Colombia. (1991). *Constitución Colombiana de 1991, El principio de necesidad de motivación judiciales*. Bogotá: Diario Oficial.
- Colombia, Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-083. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Funciones de la doctrina constitucional.
- Colombia, Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-037/96. M.P Carlos Gaviria Díaz. Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia”.
- Colombia. Corte Constitucional sentencia T- 118 de 1995 .M.P. José Gregorio Hernández Clavijo <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-118-95.htm>
- Colombia. Corte Constitucional Sentencia T- 260 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-260-99.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1023 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-569 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Colombia. Corte constitucional, Sentencia c 335 de 2008 .M.P.Humberto Antonio Sierra Porto. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en:
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-656 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Constitución Política colombiana. Artículo 237 superior. Disponible en: <http://colombia.justia.com/nacionales/constitucion-politica-de-colombia/titulo-viii/capitulo-3/>
- Colombia, Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-122 de 2011. M.P.: Juan Carlos Henao Perez.
- Contreras, S. (2013). Justo por naturaleza y Justo Convencional en Platón. A propósito de la refutación platónica a la doctrina del homo mensura. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. 119(43), p. 503-532.
- Consejo Superior de la Judicatura. Cooperación Republica de Colombia y República Federal de Alemania. (2012). *La importancia de la jurisprudencia en Colombia, Revisión sobre el concepto de línea jurisprudencial y nociones similares –Jurisprudencia y doctrina*. p. 92. Métodos de Resolución de Conflictos. Recuperado de: [https://metodosderesoluciondeconflictos.files.wordpress.com/2014/07/07\\_import\\_jurisp\\_col.pdf](https://metodosderesoluciondeconflictos.files.wordpress.com/2014/07/07_import_jurisp_col.pdf)
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2003, enero 23). Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 1870. M.P.: Carlos Isaac Nader.
- Cruz, P. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. p.26. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- David, R. (1973). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. p.25. Madrid: AGUILAR.
- Estrada, A. (2002). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. (1ª Ed.). p.66. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón*. p.857. Madrid: Trotta.
- Fondevila Marón, M. (2012). La herencia rousseauiana, en el pensamiento constitucional, trescientos años después de su nacimiento. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*. 16, pp. 357-392.
- Fleet N. (2009). Razón y dominación. La legitimidad en Weber como orientación simbólica de la acción política; *Rev. austral cienc. soc.* 16. (versión on line). Recuperado de: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-17952009000100002yscript=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-17952009000100002yscript=sci_arttext)

- Islas Colín, Alfredo, (2008), El servicio público francés, recuperado de; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/14.pdf>
- Kalmanovitz, S. (1999). Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional. *Revista Uniandes*. pp. 126-130.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho, trad. de Rodríguez Molinero, Marcelino*. Barcelona: Ariel.
- Malberg, R. C. (1998). *Teoría general del Estado. Fondo de Cultura Económica*. Recuperado de: <https://books.google.com.co/books?hl=esylr=yid=x9FeQwyLPksCyoifndypg=PA7yots=4MPi5TdVXgysig=dHV4I-02YiN3lslKtbl5k7wnsZk#v=onepageyqyf=false>
- Mora, G. (2009). *Justicia Constitucional y arbitramento de los jueces*. p. 71 y ss. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Padres de la Constitución. (1978). *Constitución Española de 1978 artículo 120, necesidad de motivación judicial*. Madrid: Reino de España.
- Posner, R. (2011). *¿Cómo deciden los jueces?* (Traducción de Victoria Roca). Barcelona: Marcial Pons.
- Posner, R. (2004). The Law and economics of contract interpretation. University of Chicago Law y Economics, Oline Working Paper Series. 229. Recuperado de: <Http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>
- Rubio, M. (2007). *Economía jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez, M. (2013). Prevaricación: Plus de antijuridicidad (Prevarication Plus Unlawfulness). *Derecho Penal y Criminología*, 96(34). Recuperado de: <http://ssrn.com/abstract=2386241>
- Salvador Coderch, P. (2010). Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. Berkeley Program in Law & Economics. Recuperado de: <http://escholarship.org/uc/item/6f1379pq#page-1>
- Streek Lenio, L. (2014). Poder judicial y constitucionalismo democrático: la necesidad de una teoría de la decisión judicial para preservar la autonomía del derecho. *Revista de Estudios constitucionales*, 2(12). Recuperado de [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002014000200003yscript=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002014000200003yscript=sci_arttext)
- Suárez-Manrique, W.Y. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, 129, pp. 317-351. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj>
- Tamayo, J. y Jaramillo I. (2012). Hacia una jurisprudencia racional y relativamente vinculante observaciones y reparos al “precedente obligatorio”, En: El

- Precedente Judicial. Bogotá: Ibáñez y Universidad Javeriana. Libro de Derecho Público.
- Timm Hidalgo, A.K. (2010). Entre formalismo y antiformalismos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. 12. Universidad Carlos III. Madrid: Paper de teoría y filosofía del derecho.
- Vega, P. (1983). *La defensa de la constitución*. Madrid: Tecnos.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General*, (4ª Ed.). Bogotá: Librería Jurídica Comlibros.