

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-[335](#)/08

Ficha	CC SC 335 de 2008
Convenciones	
Color Verde	Problema Jurídico
Color Azul agua	Ratio Decidendi

Referencia: expedientes D-6943 y D-6946
Demanda de
inconstitucionalidad
contra el artículo [413](#) de
la Ley 599 de 2000.

Demandantes: Franky Urrego Ortiz, Iván
Estrada Vélez y otros.

Magistrado Dr. HUMBERTO
Ponente: ANTONIO SIERRA
PORTO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto [2067](#) de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo [241](#) de la Constitución Política, el ciudadano Franky Urrego Ortiz demandó la inexequibilidad del artículo [413](#) de la Ley 599 de 2000, por considerar que viola el Preámbulo y los artículos [2](#), [4](#), [93](#), [95](#) y [122](#) constitucionales, al igual que el artículo [2º](#) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De igual manera, los ciudadanos Sergio Iván Estrada Vélez, Francisco Javier Valderrama Bedoya, Luis Alfonso Botero Chica y Carlos Alberto Mojica Araque, demandaron igualmente la totalidad del artículo [413](#) de la Ley 599 de 2000, por estimar que vulnera el Preámbulo constitucional, los artículos [2](#), [4](#), [121](#), [122](#), [123](#), [228](#) y [230](#) Superiores, los artículos [1º](#) y [153](#) de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como los artículos [10](#) y [13](#) de la Ley 599 de 2000.

La Sala Plena de la Corte, en sesión llevada a cabo el 5 de septiembre de 2007, resolvió acumular el expediente D- 6943 al D- 6943, y en consecuencia, se tramitaron y decidieron conjuntamente.

II. DISPOSICIÓN DEMANDADA.

A continuación se transcribe la integridad de la disposición acusada, tal y como aparece publicada en el Diario Oficial núm. 44.097 del 24 de julio de 2000:

“Artículo [413](#). Prevaricato por acción. 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 (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años

III. LA DEMANDA

1. Demanda presentada por Franky Urrego Ortiz.

El demandante adelanta una consideración previa en el sentido de explicar que no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con el artículo [413](#) del Código Penal, por cuanto, la Corte en sentencia C- 917 de 2001 lo declaró exequible “por los cargos analizados”, los cuales son distintos a los planteados en la presente demanda. De igual manera, esta Corporación en sentencia C- 503 de 2007 se declaró inhibida para pronunciarse de fondo, argumentando que no se había integrado la proposición jurídica completa.

Así las cosas, manifiesta que en la presente oportunidad se demanda la integridad del artículo [413](#) del C.P., el cual configura una proposición jurídica integral.

En lo que concierne al concepto de la violación, argumenta el ciudadano que la modificación que operó la Constitución de [1991](#) en el modelo de Estado, se tradujo, a su vez, en una transformación del sistema de fuentes del derecho aplicable en Colombia, el cual abarca el bloque de constitucionalidad en sentidos lato y strictu.

Agrega que surge la necesidad de que en aras de asegurar “un óptimo funcionamiento del sistema jurídico se establezcan criterios uniformes de interpretación y aplicación del derecho y de allí el requerimiento porque las reglas jurisprudenciales que fija el supremo intérprete de la Constitución también sean observadas por los operadores jurídicos”.

Desde esta perspectiva, explica el demandante, la ley ha dejado de ser el límite en la adopción, por parte de los servidores públicos, de las resoluciones, dictámenes o conceptos que en cumplimiento de sus funciones deben proferir. En otras palabras, el control de este tipo de actos ya no tiene como parámetro exclusivo la ley sino que dada la fuerza normativa de la Constitución y aquella de la jurisprudencia constitucional, reconocida como fuente formal del derecho, como de la jurisprudencia (doctrina probable), “el ámbito de control se ha ampliado y esto se ha justificado en la garantía de la efectividad del derecho a la igualdad, la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima”.

Así las cosas, según el ciudadano, los servidores públicos deben observancia al principio de constitucionalidad, “quedando superada de esa manera la noción de principio de legalidad que fue el fundamento del delito de prevaricato por acción en vigencia del Estado de Derecho”. A renglón seguido argumenta que “la disposición acusada desconoce la fuerza normativa del Preámbulo y los artículos [2](#) y [4](#) de la Constitución Política pues 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”.

Agrega que resulta contrario al artículo [95](#) Superior que el artículo [413](#) del Código Penal no prevea como sanción penal por prevaricato a quien estando obligado, como servidor público, a cumplir la Constitución, no lo hace y en su lugar se aparta “impunemente de lo previsto por el

pueblo soberano”. De tal suerte que resulta inconstitucional que el legislador haya diseñado un tipo penal para el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, ya que dicha persona debe garantizar con sus decisiones las reglas, principios y valores constitucionales, “el no hacerlo debe generar responsabilidad, so pena de restarle toda fuerza normativa directa a la Constitución”.

Siguiendo con su argumentación, alega el demandante que la norma acusada permite a un servidor público proferir resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la Constitución, sin que se pueda iniciar una acción penal en su contra, violándose de esta forma el artículo [4](#) Superior.

Explica que no se podría sostener que la expresión “ley” comprende aquella de Constitución, por cuanto se vulneraría de esta manera el principio nullum crimen nulla poena sine lege. De igual manera, es inadmisibles que el legislador no defina de manera clara y expresa los elementos estructurales del tipo penal.

A renglón seguido, el ciudadano trae a colación ejemplos en los cuales los jueces habrían prevaricado por violar los precedentes sentados por la Corte Constitucional, en materias tales medicamentos excluidos del POS, habeas data y seguridad social. En todas estas situaciones, el funcionario judicial profiere una decisión contraria a la Constitución, y a pesar de ello no comete prevaricato por acción.

Asegura que si bien el legislador cuenta con un margen de configuración en el diseño de la política criminal, también lo es que tal competencia se encuentra limitada por la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados constitucionalmente (art. [2](#) Superior).

Aunado a lo anterior, anota que “el bien jurídico de la administración pública protege que el servidor público no contravenga manifiestamente la ley, con lo cual se exime de responsabilidad (art. [6](#) C.P.) en el evento que aquél profiera resolución, dictamen o concepto que sea manifiestamente contrario a la Constitución”. De contera, se vulnera el artículo [122](#) constitucional, según el cual todos los servidores públicos deben cumplir y defender la Constitución, para lo cual prestan un juramento, normativa que es vulnerada si luego se les permite desconocer la Constitución.

Indica asimismo que la norma acusada vulnera el artículo [2º](#) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por cuanto el legislador no garantiza que el tratado internacional efectivamente se cumpla, en los términos del artículo [93](#) Superior. A continuación señala que “si uno de los fines esenciales del Estado (art. [2](#) C.P.) es la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y los mismos deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art. [93](#) ídem) el Estado colombiano tiene la obligación de establecer medidas para sancionar penalmente a quienes no cumplan los contenidos constitucionalmente a la luz del principio de interpretación conforme, y mucho más, en la medida en que la supremacía de la Constitución tiene rango iusfundamental”.

2. Demanda presentada por los ciudadanos Sergio Iván Estrada Vélez, Francisco Javier Valderrama Bedoya, Luis Alfonso Botero Chica y Carlos Alberto Mojica Araque.

Los ciudadanos comienzan por señalar que no existe cosa juzgada en el presente caso, ya que la Corte en sentencia C- 917 de 2001 declaró exequible el artículo acusado, pero limitando el pronunciamiento a los cargos señalados, los cuales no guardan relación alguna con aquellos que

presentan. Agregan que esta Corporación se declaró inhibida en providencia C- 503 de 2007 para emitir un fallo de fondo sobre el mismo artículo.

A renglón seguido indican que se está ante el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente debido a aquello que denominan “mutación indefectible del tipo penal de prevaricato con la transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho”. Al respecto explican que en un modelo de Estado de Derecho la ley era la máxima representación jurídica del Estado, situación que no sucede en el Estado Constitucional, debido a las consecuencias que comporta la incorporación de un derecho material o por principios en el sistema de fuentes. En efecto, los principios son el límite al ejercicio del poder, son los medios para concretar los valores, y por ende, prevalecen sobre las restantes normas del ordenamiento jurídico.

Explican que dentro de las consecuencias de la incorporación del Estado social de derecho se encuentra el fortalecimiento del régimen de responsabilidades de los funcionarios públicos, quienes deben procurar no sólo por la aplicación de la ley sino aquella de los principios y garantías constitucionales. En ese contexto, al operador judicial se le impone el deber de aplicar el derecho de manera coherente con los postulados axiológicos constitucionales. En consecuencia “sólo es posible una práctica jurídica acorde con los imperativos del Estado constitucional de derecho si se reconoce las mutaciones al tipo penal del prevaricato dirigidas a reconocer como bien jurídico la protección del ordenamiento y no sólo de la ley”.

Agregan que un entendimiento del prevaricato en la forma señalada en el artículo [413](#) del Código Penal impide el logro de importantes tareas encomendadas a la función jurisdiccional, tales como la materialización de un orden constitucional que tiene por paradigma jurídico un conjunto de elementos axiológico deontológicos, que deben ser tenidos en cuenta en el ejercicio de la función jurisdiccional tanto constitucional como ordinaria. De tal suerte que esté de por medio la eficacia real, y no simplemente simbólica, de la Constitución. Consecuentemente, se evita, por temor a una investigación por prevaricato, la aplicación de contenidos normativos diferentes a la ley pero pertenecientes al ordenamiento jurídico tal como sería, a modo de ejemplo, el caso de los principios jurídicos.

Argumentan que “Una perspectiva material del ordenamiento debe estar presente en la descripción o formulación del tipo penal de prevaricato sin que ello signifique un sacrificio de las principales características (unidad e integridad) y fines (seguridad jurídica, orden) que debe procurar el ordenamiento jurídico colombiano. La ley entendida en su acepción formal no cumple con la misión de suministrar soluciones a cada una de las situaciones que exigen su intervención.” Agrega que “A diferencia de lo que ocurre en el Estado legicentrista, en el Estado constitucional la aplicación de un derecho material no puede ser causal de configuración del delito de prevaricato. Si realmente se desea el otorgamiento de pleno poder normativo a los contenidos materiales de la Constitución, es necesario interpretar que por ley en el tipo penal de prevaricato es ley en sentido material”. Así mismo, en virtud del bloque de constitucionalidad, se procura un obediencia al texto de la Constitución y a las demás normas que por su importancia condicionan la validez de las demás de inferior jerarquía, no siendo por tanto coherente con estos postulados reducir el tipo penal de prevaricato a infracción de la ley en sentido formal.

En este orden de ideas, según los demandantes, no es posible hacer referencia en el Estado constitucional a la idea de prevaricato sin atender a las transformaciones de los conceptos de ley y ordenamiento jurídico. Así, mientras que la idea de prevaricato en el Estado liberal de derecho propendía proteger el principio de estricta legalidad en el ejercicio de las funciones

jurisdiccionales, en el Estado constitucional se asume como fin de la actividad jurisdiccional la promoción de la ley tanto en sentido formal como material, esto es “la protección de todas las normas que conforman el ordenamiento independientemente de su pedigree o forma de producción”. A renglón seguido señalan que “una idea de prevaricato acorde al contexto del Estado constitucional exige el reconocimiento de una noción de ley y de ordenamiento jurídico respetuosa de elementos axiológico-deontológicos concretados y que determinan la validez material de las normas jurídicas. No es coherente con un Estado constitucional seguir señalando la configuración del prevaricato por infracción a la ley en su sentido formal y de otro lado exigir la aplicación de todo el ordenamiento jurídico y, en especial, de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad. La necesidad de ajustar el tipo penal de prevaricato a las circunstancias del Estado constitucional se constituye en imperativo categórico para la evaluación de la actividad jurisdiccional”.

Aseguran que en el contexto de un Estado constitucional varía el bien jurídicamente tutelado por el tipo penal de prevaricato, no siendo la protección de la ley sino del ordenamiento jurídico.

Finalmente, señalan a modo de síntesis lo siguiente: “la formulación de algunas ideas referentes a la forma en que se debe entender la dogmática en el Estado constitucional de derecho y su influencia en la descripción de conceptos básicos de la teoría general del derecho como la noción de norma, de ordenamiento y la reformulación de las fuentes del derecho, constituyen las premisas básicas para una comprensión del tipo penal del prevaricato, que repercute en dos maneras: la primera, en un aumento o promoción de la libertad requerida por la función jurisdiccional en un Estado constitucional donde el juez ya no estará sometido a la ley en su sentido formal sino al ordenamiento jurídico en su sentido material. La segunda, el ejercicio de la libertad mencionada apareja el deber del operador jurídico de comprender la teoría de los principios jurídicos en el Estado constitucional de derecho así como de la metodología para su ejercicio y aplicación mediante la interpretación y argumentación jurídicas”.

IV. INTERVENCIONES.

1. Fiscalía General de la Nación.

El Señor Fiscal General de la Nación interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequible la expresión “ley” del artículo [413](#) de la Ley 599 de 2000; y en caso de no acogerse tal petición, solicita que sea proferida una sentencia interpretativa en la que se condicione la exequibilidad de aquélla al entendimiento de que comprende las normas con fuerza material de ley y la Constitución como norma superior del ordenamiento jurídico colombiano.

Indica que en los ordenamientos jurídicos posteriores a la Segunda Guerra Mundial se comenzó a acordarle valor normativo a la Constitución como norma suprema dentro del sistema de fuentes del derecho. De esta forma, la ley, que tradicionalmente había sido vista como la fuente máxima de aquél, tuvo que ceder espacio a la Constitución. De allí que, con base en el artículo [4º](#) Superior, ninguna norma puede contrariar la Carta Política. A partir de tal constatación, es indudable que, en adelante, ya no es la ley la norma llamada a servir de parámetro para ejercer el control de validez de un determinado precepto normativo, pues tal rol lo ocupa la Constitución.

En cuanto al sentido de la palabra “ley” en el artículo [413](#) del C.P., indica que tradicionalmente se ha diferenciado entre ley en sentido formal y material. Así, aunque es cierto que en la Carta predomina un criterio formal en cuanto a la noción de ley, la propia Constitución atribuye a ciertas disposiciones, que no son formalmente leyes, por cuanto no son actos expedidos por el

Congreso, una fuerza equivalente al de las leyes en sentido formal. Así el artículo [150-10](#) autoriza al Congreso a que faculte al Presidente a expedir normas con fuerza de ley. Igualmente, decretado un estado de excepción, el Presidente puede expedir decretos legislativos que tienen fuerza de ley.

Así las cosas, según el interviniente “puede concluirse válidamente que la expresión demandada del artículo [413](#) de la ley 599 de 2000, incluye el concepto de Constitución, sin que ello implique una interpretación extensiva o analógica del concepto de ley, que suponga una violación del artículo [29](#) constitucional, tal como lo pretende hacer ver el accionante, sino por el contrario una interpretación que ha sido ampliamente acogida en nuestro medio y que se deriva directamente de la regulación constitucional del sistema de fuentes”.

Agrega que es inconcebible que el legislador, al momento de tipificar el delito de prevaricato, estuviese pensando únicamente en brindar protección frente a la norma que es expedida por el Congreso, excluyendo de tal protección los contenidos de la norma superior del ordenamiento. De allí que “es claro que el cargo del actor carece de todo sustento pues el concepto de ley en sentido material, tiene pleno respaldo constitucional y en este sentido lo utiliza el artículo [413](#) demandado”.

Por último, sostiene que la Corte podría proferir una sentencia interpretativa, en el sentido de que la expresión “ley” comprende todas las normas con fuerza material de ley y la Constitución.

2. Ministerio del Interior y de Justicia.

Tatiana del Rocío Romero Acevedo, actuando en representación del Ministerio del Interior y de Justicia, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequible el artículo demandado.

Asegura que los demandantes interpretan indebidamente la norma acusada, ya que la ley debe entenderse en su sentido material y no formal. Por lo anterior, es claro que la vulneración de un precepto constitucional mediante la actuación de una autoridad supone indefectiblemente el desconocimiento de un mandato legal que lo desarrolla, con lo cual la configuración del delito de prevaricato por acción, como la de la totalidad de descripciones típicas contenidas en el ordenamiento punitivo sustancial, reporta una necesaria violación del marco superior.

En tal sentido, concluye que si la Carta Política emplea el término ley en unas ocasiones en sentido amplio como sinónimo de derecho, del conjunto de normas jurídicas y en otras se refiere sólo a ella como norma proveniente del órgano legislativo, mal haríamos en aceptar los argumentos de los demandantes, fundados en una interpretación meramente subjetiva y limitar entonces el alcance de la disposición acusada, porque en ella no están concretamente señalados los términos Constitución o tratados internacionales.

3. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Mauricio Pava Lugo, actuando en representación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte proceda a declarar la constitucionalidad condicionada de la norma acusada, en el entendido de que el término ley contempla todo lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, “mismo que tiene su fuente primigenia en la Constitución Política Colombiana”.

Luego de citar diversos autores, el interviniente sostiene que no es posible hacer referencia en el

Estado constitucional a la idea de prevaricato, sin atender a las transformaciones de los conceptos de ley y ordenamiento jurídico. Mientras que la idea de prevaricato en el Estado liberal de derecho buscaba proteger la estricta legalidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, en el Estado constitucional se asume como fin de la actividad jurisdiccional la promoción de la ley tanto en sentido formal como material, esto es, la protección de todas las normas que conforman el ordenamiento “independientemente de su pedigree o forma de producción. A su vez, la idea de ordenamiento, entendido en el Estado liberal como orden jerarquizado de normas, coherente y pleno, se debe complementar con el concepto de sistema que comprenda una idea de derecho en constante cambio, al interior del cual se verifican relaciones normativas de coordinación y no sólo de subordinación entre las normas explícitas e implícitamente positivizadas”.

Explica que la defensa del enunciado normativo establecido en el artículo [413](#) del Código Penal, en el sentido de entender la ley en sentido formal, sólo puede encontrar en una noción decimonónica de seguridad jurídica su más firme argumento. Pero al cambiar la comprensión de la seguridad jurídica en el contexto del Estado constitucional debe igualmente variar la idea de bien jurídicamente tutelado con el prevaricato: no es la protección de la ley sino del ordenamiento jurídico.

Agrega que no resulta compatible con la Carta de Derechos que no se demande de los funcionarios judiciales el acatamiento de los valores, principios y normas constitucionales, y mucho menos, que se posibilite la impunidad de los preceptos constitucionales que deben ser salvaguardados a toda costa en un Estado Democrático de Derecho.

4. Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Alberto Pulido Pineda, actuando en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, sostiene que “Ninguna norma constitucional ha sido quebrantada, por lo mismo la determinación debe ser inhibitoria”. Apoya la anterior afirmación en diversos fallos proferidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, agregando que “no le asiste razón al demandante sobre el presunto quebrantamiento de la reserva de ley, al regular los delitos a que se refieren las normas acusadas, pues tanto el código penal anteriormente vigente como el actual se ocuparon expresamente de ellos con absoluta claridad y precisión”.

5. Universidad de Cartagena.

David Enrique Mercado, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequible la expresión acusada en el entendido de que la expresión ley debe entenderse en un sentido material “por lo que se refiere al ordenamiento jurídico del Estado”.

En lo que concierne a la expresión “ley” afirma que la misma se ha entendido de dos maneras: formal y material. Propone que aquélla sea entendida como sinónimo de “ordenamiento jurídico”, para que sea coherente con la jurisprudencia constitucional.

Explica que el concepto de prevaricato en un Estado de Derecho clásico protegía el principio de legalidad estricto, mientras que en un Estado constitucional se entiende amparado el ordenamiento jurídico en su conjunto “desde la perspectiva no de una mera sujeción, sino como compromiso con todo el ordenamiento jurídico para el logro de los fines del Estado Social de Derecho”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación conceptúa en el sentido de que la Corte debe declarar exequible la expresión “ley” del artículo [413](#) de la Ley 599 de 2000.

Sostiene que la descripción típica del delito de prevaricato por acción aparentemente merecería reparos porque, con el fin de salvaguardar la administración pública, mediante la sanción penal, se conmina al cumplimiento de la ley pero se ignora a la Constitución; sin embargo, tal lectura se edifica sobre un ejercicio hermenéutico basado exclusivamente en el concepto no especificado en el texto acusado, el de ley en sentido formal, es decir, entendiendo como “ley” únicamente aquel conjunto normativo emanado del legislador ordinario, mas no otras disposiciones que integran el ordenamiento jurídico como son los decretos, los reglamentos, e incluso la Constitución, conglomerado normativo al que sin duda está sometido el servidor público en el ejercicio de sus funciones.

Agrega que para el Ministerio Público el tipo penal hace referencia a un concepto más amplio de ley, el cual supera aquel de ley en sentido material, en cuanto “involucra todas las disposiciones del ordenamiento jurídico”. En tal sentido, resulta inadmisibles limitar el alcance del término “ley” a aquel de “ley formal”, desconociendo de plano y sin justificación alguna que este vocablo tiene diversas acepciones, y que para los efectos de la protección penal que busca el delito de prevaricato por acción, debe acudirse a la más amplia de ellas, es decir, como sinónimo de “ordenamiento jurídico”, de sistema normativo integrado por valores, principios y reglas a las cuales debe ajustarse la conducta de los servidores públicos en un Estado de Derecho, pues la norma no tiene una finalidad distinta a la de persuadir a los servidores para que cumplan la función encomendada con apego a ese ordenamiento jurídico que le impone en el caso concreto un determinado proceder.

De allí que el empleo del vocablo “ley” no se opone a la Constitución, si se entiende que el mismo no se refiere exclusivamente a las normas proferidas por el Congreso de la República, sino todas aquellas disposiciones que integran el ordenamiento jurídico.

Concluye diciendo que “la utilización del término ley en sentido material no es extraña a la Constitución, que en varias disposiciones hace uso del mismo, y mal podría alegarse que en tales ocasiones sólo se refiere a ley en sentido formal, adscribiéndole gratuitamente un alcance que no ha sido clara e inequívocamente restringido por el constituyente”.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo [241](#) numeral 4 de la Carta.

2. Problemas jurídicos planteados a la Corte Constitucional.

2.1. Expediente D- 6943.

El ciudadano Franky Urrego Ortiz demanda la inexecutable del artículo [413](#) de la Ley 599 de 2000, por considerar que viola el Preámbulo y los artículos [2](#), [4](#), [93](#), [95](#) y [122](#) constitucionales, al igual que el artículo [2º](#) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, explicando además la ausencia de la operancia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación

con las sentencias C- 917 de 2001 y C- 503 de 2007.

En relación con la vulneración del **Preámbulo** y de los artículos **2 y 4 Superiores**, el ciudadano explica que la disposición acusada restringe la sanción penal del delito de prevaricato 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”. Agrega si bien tal limitante era conforme con la Constitución de 1886, por cuanto sobre el principio de legalidad se edificaba el Estado de Derecho, no lo es en relación con la Carta Política de **1991**, en la cual se acuerda fuerza normativa no sólo a la ley sino a los principios y valores constitucionales.

Agrega que el legislador desconoció el contenido del **artículo 4 Superior**, por cuanto la disposición acusada permite a un servidor público proferir resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la Carta, sin que el Estado pueda iniciar la correspondiente acción penal, “puesto que es evidente en este evento, que la Constitución no es norma de normas”. De igual manera, sostiene el demandante, que en estos casos no bastaría con decir que la expresión “ley” incluye de forma implícita aquella de “Constitución”, por cuanto se desconocería de esta manera el principio de legalidad penal. Así mismo, sostiene que la norma penal permitiría la existencia de casos en los cuales los jueces se apartan por completo de las reglas jurisprudenciales sentadas por la Corte Constitucional, como es el caso de los fallos de tutela referentes a medicamentos excluidos del POS.

Indica igualmente que si bien el legislador cuenta con un amplio margen al momento de configurar la política criminal, y en ese sentido puede tipificar un comportamiento como delito, “también lo es que dicha competencia, al igual que la de los demás poderes constituidos se encuentra necesariamente limitada por la garantía de la efectividad (**art. 2 Superior**) de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

En lo que concierne al artículo **95** constitucional, según el cual toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes, el artículo **413** del Código Penal lo desconoce por cuanto no prevé sanción penal alguna por la comisión de un prevaricato imputable a quien estando obligado en su calidad de funcionario público desconozca la Constitución.

Respecto a la vulneración del **artículo 122 Superior**, a cuyo tenor “ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”, la norma acusada “lo que hace es amparar un perjurio”, en el sentido de que el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la Constitución, no incurría en responsabilidad penal.

Por otra parte, en relación con las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cita el **artículo 2** del Pacto de San José de Costa Rica, referente al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en consonancia con el **artículo 93 Superior**, el Estado colombiano está en el deber de garantizar su efectividad mediante sanciones penales, entre ellas, la del prevaricato por acción. De tal suerte que, según el demandante “conforme a la interpretación vinculante para la Corte Constitucional plasmada en las sentencias de la Corte Interamericana (**art.93 Superior**), no cabe la menor duda que Colombia a través del legislador ha debido adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno”.

2.2. Expediente D- 6946.

Los ciudadanos Sergio Iván Estrada Vélez, Francisco Javier Valderrama Bedoya, Luis Alfonso Botero Chica y Carlos Alberto Mojica Araque, demandaron igualmente la totalidad del artículo [413](#) de la Ley 599 de 2000, por estimar que vulnera el Preámbulo constitucional, los artículos [2](#), [4](#), [121](#), [122](#), [123](#), [228](#) y [230](#) Superiores, los artículos [1º](#) y [153](#) de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como los artículos [10](#) y [13](#) de la Ley 599 de 2000, aclarando igualmente que en el presente caso no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, tomando en cuenta lo decidido en sentencias C- 917 de 2001 y C- 503 de 2007.

A continuación señalan que se está ante el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente debido a aquello que denominan “mutación indefectible del tipo penal de prevaricato con la transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho”. Al respecto explican que en un modelo de Estado de Derecho la ley era la máxima representación jurídica del Estado, situación que no sucede en el Estado Constitucional, debido a las consecuencias que comporta la incorporación de un derecho material o por principios en el sistema de fuentes. En efecto, los principios son el límite al ejercicio del poder, son los medios para concretar los valores, y por ende, prevalecen sobre las restantes normas del ordenamiento jurídico.

Argumentan que dentro de las consecuencias de la incorporación del Estado Social de Derecho se encuentra el fortalecimiento del régimen de responsabilidades de los funcionarios públicos, quienes deben procurar no sólo por la aplicación de la ley sino aquella de los principios y garantías constitucionales. En ese contexto, al operador judicial se le impone el deber de aplicar el derecho de manera coherente con los postulados axiológicos constitucionales. En consecuencia “sólo es posible una práctica jurídica acorde con los imperativos del Estado constitucional de derecho si se reconoce las mutaciones al tipo penal del prevaricato dirigidas a reconocer como bien jurídico la protección del ordenamiento y no sólo de la ley”.

Agregan que un entendimiento del prevaricato en la forma señalada en el artículo [413](#) del Código Penal impide el logro de importantes tareas encomendadas a la función jurisdiccional, tales como la materialización de un orden constitucional que tiene por paradigma jurídico un conjunto de elementos axiológico- deontológicos, que deben ser tenidos en cuenta en el ejercicio de la función jurisdiccional tanto constitucional como ordinaria. De tal suerte que esté de por medio la eficacia real, y no simplemente simbólica, de la Constitución. Consecuentemente, se evita, por temor a una investigación por prevaricato, la aplicación de contenidos normativos diferentes a la ley pero pertenecientes al ordenamiento jurídico tal como sería, a modo de ejemplo, el caso de los principios jurídicos.

Argumentan que “Una perspectiva material del ordenamiento debe estar presente en la descripción o formulación del tipo penal de prevaricato sin que ello signifique un sacrificio de las principales características (unidad e integridad) y fines (seguridad jurídica, orden) que debe procurar el ordenamiento jurídico colombiano. La ley entendida en su acepción formal no cumple con la misión de suministrar soluciones a cada una de las situaciones que exigen su intervención.” Agrega que “A diferencia de lo que ocurre en el Estado legicentrista, en el Estado constitucional la aplicación de un derecho material no puede ser causal de configuración del delito de prevaricato. Si realmente se desea el otorgamiento de pleno poder normativo a los contenidos materiales de la Constitución, es necesario interpretar que por ley en el tipo penal de prevaricato es ley en sentido material”. Así mismo, en virtud del bloque de constitucionalidad, se procura un obedecimiento al texto de la Constitución y a las demás normas que por su importancia condicionan la validez de las demás de inferior jerarquía, no siendo por tanto coherente con estos postulados reducir el tipo penal de prevaricato a infracción de la ley en

sentido formal.

En este orden de ideas, según los demandantes, no es posible hacer referencia en el Estado constitucional a la idea de prevaricato sin atender a las transformaciones de los conceptos de ley y ordenamiento jurídico. Así, mientras que la idea de prevaricato en el Estado liberal de derecho propendía proteger el principio de estricta legalidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, en el Estado constitucional se asume como fin de la actividad jurisdiccional la promoción de la ley tanto en sentido formal como material, esto es “la protección de todas las normas que conforman el ordenamiento independientemente de su pedigree o forma de producción”. A renglón seguido señalan que “una idea de prevaricato acorde al contexto del Estado constitucional exige el reconocimiento de una noción de ley y de ordenamiento jurídico respetuosa de elementos axiológico-deontológicos concretados y que determinan la validez material de las normas jurídicas. No es coherente con un Estado constitucional seguir señalando la configuración del prevaricato por infracción a la ley en su sentido formal y de otro lado exigir la aplicación de todo el ordenamiento jurídico y, en especial, de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad. La necesidad de ajustar el tipo penal de prevaricato a las circunstancias del Estado constitucional se constituye en imperativo categórico para la evaluación de la actividad jurisdiccional”.

Señalan a modo de síntesis lo siguiente: “la formulación de algunas ideas referentes a la forma en que se debe entender la dogmática en el Estado constitucional de derecho y su influencia en la descripción de conceptos básicos de la teoría general del derecho como la noción de norma, de ordenamiento y la reformulación de las fuentes del derecho, constituyen las premisas básicas para una comprensión del tipo penal del prevaricato, que repercute en dos maneras: la primera, en un aumento o promoción de la libertad requerida por la función jurisdiccional en un Estado constitucional donde el juez ya no estará sometido a la ley en su sentido formal sino al ordenamiento jurídico en su sentido material. La segunda, el ejercicio de la libertad mencionada apareja el deber del operador jurídico de comprender la teoría de los principios jurídicos en el Estado constitucional de derecho así como de la metodología para su ejercicio y aplicación mediante la interpretación y argumentación jurídicas”.

Finalmente, es preciso señalar que los demandantes acompañan su escrito de los resultados empíricos obtenidos por una investigación académica realizada en 2006 relacionada con el temor que tienen los funcionarios judiciales al momento de fallar con base en principios constitucionales, así como de un examen entorno a la jurisprudencia elaborada en relación con el tipo penal de prevaricato.

2.3. Intervenciones ciudadanas, de autoridades públicas y concepto del Procurador General de la Nación.

La mayoría de intervinientes coinciden en señalar que la Corte debe declarar exequible el artículo [413](#) del Código Penal, aunque condicionándolo de diversas formas, tales como que la expresión “ley” comprende “las normas con fuerza material de ley y la Constitución como norma superior del ordenamiento”; o “todo lo dispuesto por el ordenamiento jurídico”.

La Vista Fiscal, por su parte, si bien solicita a la Corte declarar exequible la norma acusada, sin condicionamiento alguno, en su intervención sostiene que “el empleo del vocablo “ley” no se opone a la Constitución, si se entiende que el mismo no se refiere exclusivamente a las normas proferidas por el Congreso de la República, sino todas aquellas disposiciones que integran el ordenamiento jurídico”.

2.4. Presentación del cargo de inconstitucionalidad.

Una vez examinadas las demandas ciudadanas se puede comprender que ambas confluyen en formular un mismo cargo de inconstitucionalidad que constituye el problema jurídico a resolver: el artículo [413](#) del Código Penal que consagra el tipo penal de prevaricato por acción es inconstitucional por omitir los supuestos de infracción o desconocimiento de la Constitución, la jurisprudencia de las Altas Cortes y de la Corte Constitucional, así como el bloque de constitucionalidad. En tal sentido, los demandantes parten de comprender que el supuesto descrito en el artículo [413](#) del Código Penal no permite sancionar a los jueces, servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, por desconocer manifiestamente la Constitución, la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes y de la Corte Constitucional, al igual que el bloque de constitucionalidad.

Contrario a lo sostenido por los demandantes, la Corte considera que el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar porque el tipo penal, tal y como se encuentra descrito en el artículo [413](#) de la Ley 599 de 2000, comprende los supuestos que los demandantes consideran excluidos, esto es, que si en el caso concreto resultan aplicables la Constitución, el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional, y el operador jurídico realiza una aplicación manifiestamente contraria a éstas, en los términos y condiciones previstos en el derecho penal, puede ser sancionado por la comisión del delito de prevaricato por acción.

A efectos de arribar a la anterior conclusión, la Corte (i) examinará la inexistencia de cosa juzgada constitucional en relación con la norma legal acusada; (ii) analizará la jurisprudencia constitucional en materia de prevaricato por acción; (iii) estudiará la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el mismo ilícito; (iv) determinará los fundamentos constitucionales del principio de legalidad; (v) considerará que el contenido y el alcance del principio de legalidad no se entiende de la misma forma para los jueces y demás servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas; (vi) analizará el carácter vinculante que ofrece la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes frente al delito de prevaricato por acción; (vii) examinará lo concerniente al carácter vinculante que ofrece la jurisprudencia constitucional, habiendo distinguido entre fallos de control y de tutela; y (x) extraerá las conclusiones del caso.

3. Asunto procesal previo: ausencia de cosa juzgada constitucional.

En dos oportunidades, la Corte ha examinado la conformidad, total o parcial, del artículo [413](#) del Código Penal con la Constitución. Veamos.

En sentencia C-917 de 2001 la Corte examinó la constitucionalidad de la expresión “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley”, del artículo [413](#) de la Ley 599 de 2000, en relación con un cargo de inconstitucionalidad que apuntaba a señalar que se trataba de un tipo penal en blanco, contrario al principio de legalidad penal, y violatorio de los artículos [28](#) y [29](#) Superiores. Esta Corporación estimó que el cargo no estaba llamado a prosperar, por las siguientes razones:

“b) En cuanto al prevaricato por acción descrito como conducta delictual tanto en el artículo [149](#) del Código Penal anterior, como en el artículo [413](#) del la Ley 599 de 2000, encuentra la Corte que la conducta 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, 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.

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 Alvaro Orlando Pérez Pinzón)

No puede, entonces, aceptarse la acusación de vaguedad e imprecisión, que resultaría en desmedro de la garantía de legalidad, sino que, ha de concluirse que, a contrario de lo sostenido por el demandante, esa garantía de la descripción del delito de prevaricato por acción, sí se ha cumplido a plenitud. En lo esencial, la conducta objeto del reproche jurídico penal ha sido descrita por la ley. Es decir, lo que constituye el propio núcleo de la conducta delictiva es conocida por los destinatarios de la ley penal y por los funcionarios encargados de aplicarla, al igual que las sanciones respectivas fueron previstas para cada uno de estos delitos por la ley.

Obsérvese, entonces, que respecto de las normas acusadas como presuntamente inconstitucionales, el principio de legalidad, en cuanto exige que no pueda existir delito sin ley que lo defina, ni pena sin ley que la determine, no ha sido desconocido en este caso por el legislador.

Por ello, no asiste razón al demandante sobre el presunto quebrantamiento de la reserva de la ley, al regular los delitos a que se refieren las normas acusadas, pues tanto el Código Penal anteriormente vigente como el actual (Decreto Ley [100](#) de 1980 y Ley [599](#) de 2000), se ocuparon expresamente de ellos, con absoluta claridad y precisión.

La Corte declarará la exequibilidad de los preceptos acusados en razón de los cargos esgrimidos. (negrillas agregadas).

Como se puede advertir fácilmente el cargo de inconstitucionalidad que la Corte resolvió en sentencia C- 917 de 2001 no guarda relación alguna con aquellos planteados en el presente caso.

Más recientemente, en sentencia C- 503 de 2007, en relación con una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra la expresión “ley” del artículo [413](#) del Código Penal, la Corte se declaró inhibida para fallar de fondo, por cuanto “Ciertamente, la expresión “ley”, única sobre la cual recae la demanda, aisladamente considerada carece de un alcance regulador propio y autónomo que permita llevar a cabo un examen de constitucionalidad. Lo anterior resulta claro si se considera que, de llegar a ser retirada del ordenamiento la sola palabra “ley”, el tenor literal del tipo penal de prevaricato por acción resultaría carente de sentido lógico alguno”.

Así las cosas, no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, motivo por el cual la

Corte puede proferir un fallo de fondo en relación con el artículo [413](#) del Código Penal.

4. Pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el delito de prevaricato.

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 “la vía de hecho, clara y plenamente probada, si consiste en una vulneración de la ley procesal de tales características que comporta una ruptura grave del debido proceso y, por ende, la **violación de la Constitución** Política, o una trasgresión abierta de otros preceptos constitucionales, de modo que lleve a conceder la tutela contra la providencia judicial en tela de juicio, debe dar lugar a que el juez de tutela corra traslado de las diligencias a la Fiscalía General de la Nación para que se inicie el correspondiente proceso penal por prevaricato”, es decir, estimó que una abierta contradicción de preceptos constitucionales por parte de un funcionario público daba lugar a una investigación penal por el delito de prevaricato.

Posteriormente, esta Corporación 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**”.

Finalmente, de manera tangencial, la Corte aludió al tipo penal de prevaricato en sentencia C- 832 de 2002 referente a una demanda de inconstitucionalidad presentada contra determinados artículos de la Ley [715](#) de 2001.

5. Configuración del delito de prevaricato por acción a la luz de la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte considera necesario examinar la manera como la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido configurando los elementos del delito de prevaricato por acción en Colombia. Lo anterior por cuanto el juicio de constitucionalidad “no debe recaer sobre el sentido normativo de una disposición cuando éste es diferente al que realmente le confiere la jurisdicción responsable de aplicarla. El cumplimiento efectivo de la misión institucional que le ha sido confiada a la Corte Constitucional como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, requiere que ésta se pronuncie sobre el sentido real de las normas controladas, no sobre su significado hipotético.

Así las cosas, en relación con el sujeto activo del delito de prevaricato por acción, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que aquél se caracteriza por ser cometido por un sujeto activo cualificado: el servidor público. En tal sentido, téngase presente que el artículo [123](#) Superior dispone que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicio. De igual manera, a renglón seguido precisa que aquéllos “ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”, en tanto que, de manera complementaria, el artículo [124](#) Superior establece que “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que el delito de prevaricato por acción “exige un sujeto activo cualificado, es decir, que en él solo podría incurrir a título de autor, quien ostenta la condición de servidor público.

En lo que concierne al sujeto pasivo del delito, es preciso señalar que el artículo [413](#) del Código Penal se encuentra ubicado en el Título XV “Delitos contra la administración pública”, lo cual

indica que dicho comportamiento lesiona un interés jurídico cuyo titular es el Estado, siendo posible que, en determinadas hipótesis, pueda llegar a ser considerado un delito pluriofensivo, como cuando con aquél se vulneran igualmente bienes jurídicos de los particulares

Por otra parte, en lo que atañe al objeto material del delito de prevaricato por acción, es decir, la resolución, dictamen o concepto proferido por el servidor público, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha entendido en relación con la expresión “resolución” que “no es solamente la providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno y otro de sus respectivas atribuciones; y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función.

Ahora bien, en relación con la expresión “dictámenes o conceptos”, en sentencia del 13 de octubre de 1988, reiterada en providencia del 29 de septiembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia estimó lo siguiente:

“Lo otro, o sea que la no presencia de los vocablos "concepto" y "providencia", en el texto del artículo [149](#) del C. Penal, deja por fuera del ilícito el salvamento arbitrario de voto, porque solo es un "criterio" u "opinión" no vinculante y porque propiamente no es recogido por los términos "resolución o dictamen" que finalmente fue los que consignó el legislador, prescindiendo de los otros, es apuntamiento que no consulta la realidad jurídica y gramatical. El Diccionario de la Real Academia de la lengua, define la voz **dictamen** (del latín dictamen) como opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa. Es entonces incuestionable que si quien dio la opinión o suscribió el dictamen (caso del salvamento de voto), lo hace con el carácter de funcionario, consignando apreciaciones manifiestamente contrarias a la ley, o preceptos, criterios contrarios a la verdad por él conocida, incurre en prevaricato por acción, así sus afirmaciones no sean compulsivas o estén desprovistas de poder decisorio" (auto de única instancia del 13 de octubre de 1988, radicado 2270). (negrilla agregada).

En tal sentido, por proferir un dictamen o concepto ha de entenderse verter una opinión en el curso de un proceso administrativo o judicial en relación con un aspecto concreto, el cual debe ser apreciado por quien finalmente adopte una decisión (vgr. un dictamen rendido por un médico forense).

En lo que atañe al sentido de la expresión “manifiestamente contrario a la ley”, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha proferido importantes providencias, cuyo contenido es preciso examinar. Así, en sentencia del 18 de febrero de 2003, consideró lo siguiente:

“No basta, por supuesto, la simple disparidad con el ordenamiento jurídico, pues si nos atenemos al sentido literal del texto, es menester que la contradicción sea de tal modo **ostensible** que no quepa la menor duda de que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del funcionario, y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente”

(negrilla y subrayado agregado).

De igual manera, en sentencia del 25 de mayo de 2005 la máxima instancia de la justicia penal ordinaria, interpretó el sentido de la expresión “manifiestamente” de la siguiente forma:

“**Lo manifiesto** es lo que se presenta con claridad y evidencia, lo que es patente, que está al descubierto, que es notoriamente visible. La exigencia legal apunta, entonces, a que la simple comparación entre la ley con lo expresado en la providencia debe mostrar incuestionable la

ilegalidad de la última. Si la contrariedad nace luego de elaborados análisis, la atipicidad del comportamiento deriva incuestionable, en cuanto no es ostensible.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en auto del 23 de febrero de 2006 examinó in extenso el contenido y alcance de la expresión “manifiestamente contrario a la ley”, habiendo concluido lo siguiente:

La resolución, dictamen o concepto que es contraria a la ley de manera **manifiesta**, es aquella que de su contenido se infiere sin dificultad alguna la falta de sindéresis y de todo fundamento para juzgar los supuestos fácticos y jurídicos de un asunto sometido a su conocimiento, no por la incapacidad del servidor público y si por la evidente, ostensible y notoria actitud suya por apartarse de la norma jurídica que lo regula.

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

En consecuencia, **no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho**, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

Como **tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en motivo de contrariedad**, mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica, pues no debe olvidarse que la persuasión racional elemento esencial de ella permite al juzgador una libertad relativa en esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal.

Sin embargo, riñen con la libertad relativa la apreciación torcida y parcializada de los medios probatorios, su **falta de valoración** o la omisión de los oportuna y legalmente incorporados a una actuación, en consideración a que por su importancia probatoria justificarían o acreditarían la decisión en uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles.

Así las cosas, la manifiesta contrariedad con la ley de la decisión judicial puede provenir de alguno de los supuestos mencionados que hacen arbitraria o aparente la apreciación probatoria, los cuales -según lo dicho- tienen origen en la voluntad y conciencia del funcionario que decide actuar de ese modo y no en un error propio de valoración en el cual pudiera haber incurrido al apreciar un medio de prueba. (negrillas y subrayados agregados).

Más recientemente, la Sala Penal en sentencia del 11 de abril de 2007 ahondó en el examen acerca de qué debe entenderse por una resolución, concepto o dictamen “manifiestamente” contrario a la ley:

“El concepto de **contrariedad manifiesta** con la ley hace relación entonces a aquellas decisiones que sin ningún raciocinio o con él ofrecen conclusiones divergentes a lo que revelan las pruebas o los preceptos legales bajo los cuales debe resolverse el caso, de tal modo que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada

voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.

En oposición, no resisten el juicio de tipicidad las providencias que ofrezcan discusión en sus fundamentos siempre que se erijan en razones atendibles, como tampoco las que versan sobre puntos de derecho o preceptos legales que admiten **diversas interpretaciones** o criterios, bien por su complejidad ora por su ambigüedad, pues ciertamente no puede perderse de vista que en el mundo jurídico suelen presentarse este tipo de discrepancias.

Una vez dilucidado el sentido de la expresión “manifiestamente”, resulta necesario examinar en detalle, a la luz del derecho viviente, qué se ha entendido por “contrario a la ley”. Veamos.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de enero de 2003, consideró que el delito de prevaricato por acción se cometía cuando:

“se configura cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución o dictamen ostensiblemente contrario a la **norma jurídica aplicable al caso**, haciendo prevalecer su capricho a la voluntad de la ley, y afectando de este modo la integridad del ordenamiento jurídico y con ello la de la administración pública a cuyo nombre actúa. (negrillas y subrayados agregados).

En igual sentido se pronunció la Sala Penal en sentencia del 6 de abril de 2005:

“Este delito, de acuerdo con su definición legal, se estructura cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución o dictamen manifiestamente **contrarios a la norma jurídica aplicable al caso**, haciendo prevalecer su capricho a la voluntad de la ley y afectando de este modo la integridad del ordenamiento jurídico y con ello la de la administración pública a cuyo nombre actúa. (negrillas y subrayados agregados).

La misma interpretación de la norma penal que tipifica el delito de prevaricato por acción fue acordada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de marzo de 2006:

“Este delito, de acuerdo con su definición legal, se estructura cuando el servidor público, en ejercicio de las funciones oficialmente discernidas, profiere resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrarios a **la norma jurídica aplicable al caso**, haciendo prevalecer su capricho a la voluntad de la ley y afectando, de esa manera, la integridad del ordenamiento jurídico y, por ende, la de la administración pública a cuyo nombre actúa. (negrillas y subrayados agregados).

Por su parte, el mismo Tribunal, en sentencia del 11 de abril de 2007, estimó que la citada conducta punible se perpetraba cuando:

“Desde el aspecto meramente objetivo este tipo penal se erige en el divorcio que se presenta entre el contenido de la providencia emitida por el servidor público y **la descripción legal o conjunto de normas que regentan el caso específico**. En otras palabras, esa característica de palmaria ilegalidad de la decisión surge cuando de manera sencilla y puntual es posible verificar que lo decidido es opuesto a la solución que el ordenamiento jurídico prevé para el asunto analizado. (negrillas y subrayados agregados).

En otras ocasiones, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha aludido a fórmulas distintas de interpretación del concepto “contrario a la ley”. En tal sentido, en sentencia del 29 de junio de

2005, estimó que:

“El juicio para establecer si la resolución, el dictamen o el concepto proferido por el servidor público deviene en protuberante **discordancia con el ordenamiento jurídico**, debe ser enfocado desde una perspectiva objetiva, imperativo que se deriva del diseño legislativo del tipo penal comentado por cuanto contiene un ingrediente normativo claro: "manifiestamente contrario a la ley", que afecta de modo directo a la acción indeseada, la de proferir resolución, dictamen o concepto. (negrillas y subrayados agregados).

En esas condiciones, tal verificación es de legalidad o ilegalidad o, de otra manera expresado, de cotejamiento entre el contenido de la resolución, del dictamen o del concepto con lo que manda, ordena o prohíbe el ordenamiento jurídico, a fin de establecer si las disposiciones de la resolución o las materias del dictamen o del concepto son coherentes o incoherentes con los dictados de la ley aplicada.

En tal sentido, en sentencia del 1 de junio de 2006, consideró lo siguiente:

“Retomando el factor subjetivo, bueno es precisar que el delito de prevaricato sólo admite la modalidad dolosa, la cual se concreta en la conciencia de proferir una **decisión contraria al ordenamiento jurídico**, sin que exija para su demostración que medie amistad o animadversión hacia alguno de los sujetos procesales, ni la existencia de un interés específico de contradecir abiertamente el derecho, al punto que imprescindible se torna confrontar los argumentos expuestos en la adopción de la decisión que se acusa de prevaricadora con las razones dadas por el juez al ser escuchado en indagatoria dirigidas a justificar su conducta, teniendo en cuenta, además, el criterio que en ese caso fue prevalente para la definición del asunto y las circunstancias específicas que rodearon su proferimiento. (negrillas y subrayados agregados).

Así mismo, se ha acudido a otras fórmulas tales como “texto abiertamente opuesto a lo ordenado o autorizado por la ley”, tal y como se señala en sentencia del 11 de marzo de 2003:

"La jurisprudencia de la Corte, a propósito del tema, ha sido copiosa en señalar que cuando se imputa a un funcionario el delito de prevaricato, no es necesario examinar si la interpretación dada por él a las normas que le sirvieron de sustento a sus proveídos fueron o no correctamente aplicadas desde el punto de vista de la certeza jurídica, pues lo que hay que indagar es si el funcionario emite providencias cuya ilegalidad es manifiesta, o si conculca arbitrariamente el derecho ajeno, o si mañosamente hace decir a la ley lo que ella no expresa; asimismo, que si el sentido literal de la norma y la específica finalidad de un texto legal no son suficientemente claros, mientras éste es complejo, o por su confusa redacción admite interpretaciones discordantes, no es posible hablar de un comportamiento manifiestamente ilegal; no basta una interpretación normativa diversa de la predominante para concluir que se está frente al delito; y no constituye prevaricato la interpretación desafortunada de las normas ni el desacierto de una determinación, pues el delito implica la existencia objetiva de un **texto abiertamente opuesto a lo ordenado o autorizado por la ley**" (negrillas y subrayados agregados).

Cabe asimismo señalar que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que igualmente un servidor público puede incurrir en el delito de prevaricato por acción por violar la Constitución. Así, en sentencia del 25 de mayo de 2005 estimó que:

Se trata, pues, de un delito que exige sujeto activo cualificado, es decir, que en él solo podría incurrir a título de autor, quien ostente la condición de servidor público, cuando la decisión o concepto emitido en ejercicio de sus funciones o cargo **contraría abierta y groseramente los**

mandatos constitucionales y legales a cuyo cumplimiento no solo se compromete con la posesión del cargo, sino que es una condición de legitimación del ejercicio de los diferentes poderes que el Estado desarrolla y encarna a través de sus servidores. (negrillas y subrayados agregados)

En la misma providencia, se afirma lo siguiente:

“no puede desconocerse que si bien las decisiones de los funcionarios judiciales deben ser independientes y autónomas, eso no conlleva a desconocer que como lo manda el artículo [230](#) de la Carta, no se sujeten a los dictados de la **Constitución** y a la ley.

En igual sentido, años atrás, la Sala Penal en sentencia del 19 de diciembre de 2000, había considerado que al momento de examinar la comisión de un delito de prevaricato por acción era necesario consultar los correspondientes artículos constitucionales y legales aplicables al caso concreto:

“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.”

De igual forma, en ciertas ocasiones, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que la expresión “manifiestamente contrario a la ley” puede comprender un acto administrativo. Así, en sentencia del 29 de marzo de 1990 consideró lo siguiente:

“Pese a ser el prevaricato un delito de mera conducta, no se consuma por el error en que pudo incurrir el funcionario, frente a la interpretación de la norma, o cuando erró sobre la vigencia o aplicación de una ley en el tiempo o en el espacio, como tampoco cuando por negligencia no estuvo atento a investigar con celo, si en el caso sometido a estudio era aplicable una determinada norma, para el caso subjudice **la resolución núm. 029 de 1961** o si por el contrario existían otras disposiciones”.

En suma, 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; (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 y aplicada únicamente como sinónimo de acto normativo expedido por el Congreso de la República. Por el contrario, el significado más empleado en la jurisprudencia de la Sala Penal al término “ley” ha sido aquel de “norma jurídica aplicable al caso concreto”, interpretación que es plausible y ajustada a la Constitución, como quiera que

aquella puede ser la Constitución, las normas que integran el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional en los términos que se explican a continuación:

6. El alcance del delito de prevaricato por acción requiere previamente de una comprensión del principio de legalidad. Fundamentos constitucionales de este principio.

Una adecuada comprensión del sentido y alcance del artículo [413](#) del Código Penal pasa por determinar qué es el principio de legalidad, en los términos de la Constitución de [1991](#).

Así, el principio de legalidad se configura como un elemento esencial del Estado de Derecho, de forma tal que es presupuesto de los otros elementos que lo integran. Este principio surge debido a la confluencia de dos postulados básicos de la ideología liberal: de una parte, la intención de establecer un gobierno de leyes, no de hombres (government of laws, not of men), esto es, “un sistema de gobierno que rechaza las decisiones subjetivas y arbitrarias del monarca por un régimen de dominación objetiva, igualitaria y previsible, basado en normas generales, y de otra, el postulado de la ley como expresión de la soberanía popular, el principio democrático, según el cual la soberanía está en cabeza del pueblo y se expresa mediante la decisión de sus representantes, en la ley.

El principio de legalidad, en palabras sencillas, en sus orígenes, consistió tan sólo en la sujeción de toda actividad estatal a un sistema objetivo, igualitario y previsible de normas jurídicas de carácter general emanadas del órgano de representación popular. Al respecto, no se puede perder de vista que el principio de legalidad ha sido objeto de diferentes construcciones dogmáticas, siendo un concepto evolutivo.

Así, en algunos casos se consideró a la ley como fundamento previo y necesario de toda actividad estatal (vinculación positiva), en donde siempre se requiere de una ley habilitadora para que aquella se pueda desarrollar válidamente, o como simple límite externo o frontera de las competencias estatales, en la medida en que el Estado puede realizar con discrecionalidad su actividad, salvo en las áreas en donde exista una regulación legal (vinculación negativa).

Una segunda forma de concebir el principio de legalidad implica reconocer que los demás poderes, en ausencia de regulación constitucional, están sometidos a lo que establezca el legislador. En tal sentido, el principio de legalidad implica la sujeción plena de la administración, y de los demás poderes públicos, a la ley, tanto cuando realiza actos concretos como cuando, en ejercicio de su potestad reglamentaria, establece las normas a las que, en lo sucesivo, ella habrá de sujetarse.

Al respecto, cabe precisar que este segundo entendimiento del principio de legalidad no riñe, de manera alguna, con la supremacía constitucional. En efecto, en un Estado de Derecho, la Constitución es norma jurídica vinculante, poseyendo todos sus preceptos eficacia normativa. Todas sus normas poseen una específica eficacia directa derivada de su condición de lex superior, esto es, la eficacia condicionante de la validez de todas las normas de rango inferior y de interpretación de las mismas. De acuerdo con la estructura de cada uno de sus preceptos es posible determinar si se trata de una norma completa, es decir, que no precisa de operaciones de concreción normativa para ser aplicable, como es el caso de las disposiciones sobre derechos fundamentales, así como la mayor parte de las organizativas. De igual manera, existen otras normas constitucionales provistas de eficacia inmediata, aunque indirecta, como son los principios que no precisan de desarrollo ni concreción alguna; al ser reglas interpretativas y estructurales, su empleo siempre tiene lugar a propósito de la aplicación de cualquiera otra

norma.

Desde esta perspectiva, el principio de legalidad exige que la actividad estatal tenga como fundamento la Constitución, pero el hecho de que todas las normas constitucionales tengan eficacia interpretativa, sean normas jurídicas superiores y en ese sentido condicionen la validez de todas las disposiciones de rango inferior, no significa que la norma constitucional pueda ser realizada en todos los casos directamente, sin mediación de la ley, como fundamento de la actividad reglamentaria del Ejecutivo u otras autoridades, ya que, si bien hay normas que son autoejecutables y no precisan mediación legal, existen otras con distinta eficacia interpretativa, como es el caso de los fines, valores y principios constitucionales.

Ahora bien, en materia penal, el principio de legalidad comporta que el legislador, al momento de tipificar un delito y fijar la correspondiente pena acate los siguientes principios: (i) La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); (ii) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); (iii) la prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); (iv) la prohibición de delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); (v) el principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*); (vi) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*); y (vii) el derecho penal de acto y no de autor.

Así mismo, en materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la Corte ha entendido además, que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales, y a su vez, un mecanismo de protección de los mismos así como de otros bienes constitucionales, como por ejemplo, el medio ambiente, el orden económico, la moralidad pública, etcétera. Así pues, únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional.

Ahora bien, en el caso colombiano, el principio de legalidad, entendido como principio de superioridad de la ley sobre los demás órdenes de autoridad del Estado, no es formulado de manera expresa en la Constitución colombiana, aunque se deduce inequívocamente de ciertos preceptos constitucionales.

El artículo 1º Superior establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo que presupone la existencia y acatamiento del principio de legalidad como necesaria adecuación de la actividad estatal al derecho, a los preceptos jurídicos y de manera preferente los que tienen una vinculación más directa con el principio democrático.

El **artículo 6º constitucional** al disponer que “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, establece una vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y la ley, en tanto que determina que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a los funcionarios actuar si no es con fundamento en la Carta Política y en la ley. De allí que, actuar de conformidad con la Constitución y la ley es un mandato vinculante para todos los servidores públicos. Ahora bien, la remisión a la Constitución y a la ley significa derecho positivo, es decir, se incluyen los reglamentos, en los términos del artículo 123 Superior.

El **artículo 29 de la Carta Política**, en el cual se consagra el derecho fundamental al debido proceso y cuyo texto reza en lo pertinente “El debido proceso se aplicará a toda clase de

actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

El **artículo 121 Superior** prescribe que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, reiterando de esta forma la vigencia del principio de legalidad. Se trata de una perspectiva objetiva, se amplía la prescripción del artículo 6º dirigido a los servidores públicos, en cuanto sujetos, y de esta manera se reitera el sistema de sometimiento a la Constitución y la ley, en esta ocasión para los órganos estatales en cuanto tales.

El artículo 123 constitucional indica que existe un sistema de legalidad, de vinculación positiva de todos los servidores públicos y de todas las autoridades a la Constitución, la ley y el reglamento, en los siguientes términos: “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”, ampliando de esta forma el fundamento de la legalidad de la actividad estatal. De este artículo se deriva que (i) se reitera la vigencia del principio de legalidad; y (ii) se basa en la existencia de un sistema normativo estructurado jerárquicamente, en el cual la Constitución funda el orden jurídico estatal; la ley ordena las relaciones sociales y económicas, regula la actuación de todos los servidores públicos; y el reglamento, norma de carácter ejecutivo, se encarga de desarrollar las prescripciones legales, y a diferencia de la relación que mantiene la ley frente a la Constitución, con su gran margen de innovación, aquél debe circunscribirse a ejecutar disposiciones legales.

La mención al reglamento en el artículo 123 Superior conduce a someter todo el poder ejecutivo al derecho. En efecto, se insiste en que las autoridades administrativas de todo orden deben respetar la jerarquía normativa, acatar, además de la Constitución y de la ley, los actos administrativos producidos por autoridades administrativas ubicadas en el nivel superior.

De igual manera, constituye un fundamento constitucional del principio de legalidad, el artículo 189.11 Superior, según el cual corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Así mismo, el **artículo 230 constitucional**, en relación con el sistema de fuentes colombiano establece que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al **imperio de la ley**. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

A su vez, y de manera complementaria, los **artículos 44, 93 y 214.2 constitucionales**, le imponen a las autoridades públicas el sometimiento a la legalidad internacional que ha sido debidamente incorporada al orden interno colombiano. A decir verdad, desde la famosa frase del juez británico Blackstone “international law is part of the law of the land, pronunciada a mediados del S.XVIII, las legalidades interna e internacional han venido conociendo un verdadero proceso de ósmosis, tal y como quedó reflejado en el artículo 91 de la Constitución de Rionegro de 1863 a cuyo tenor “El derecho de gentes hace parte de la legislación nacional”.

Dicho fenómeno ha conocido sus mayores avances con la inclusión de diversas cláusulas de reenvío en ciertas Cartas Políticas occidentales posteriores a la Segunda Guerra Mundial, con el

propósito de elevar los estándares de protección de los derechos fundamentales. Tales son los casos de los artículos [25](#) de la Ley Fundamental de Bonn; 16 de la Constitución portuguesa de 1976; y 10.2 de la Constitución española de 1978, referentes todos ellos que sirvieron de inspiración a los constituyentes de 1991.

7. Los servidores públicos, incluidos los jueces y los particulares que ejercen funciones públicas, pueden incurrir en el delito de prevaricato por acción, por emitir una providencia, resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales, la ley o un acto administrativo de carácter general.

Una interpretación armónica de los artículos constitucionales mediante los cuales se consagra el principio de legalidad en Colombia, indica que todos los servidores públicos, incluidos por supuesto los jueces y los particulares que ejercen funciones públicas, pueden incurrir en el ilícito de prevaricato por acción, a causa de la emisión de una providencia, resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales, la ley o un acto administrativo de carácter general.

En tal sentido, cabe recordar que el artículo [230](#) Superior al referirse a la “ley”, alude realmente a las distintas fuentes del derecho que deben ser aplicadas para resolver un caso concreto y como tal, bien puede tratarse de la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general. Por el contrario, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Así las cosas, la Corte insiste en señalar que el delito de prevaricato por acción se comete únicamente cuando los servidores públicos, incluidos los jueces de la República, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo [338](#) de la Constitución Política, emiten resolución, dictamen o concepto que resulte ser manifiestamente contrario a la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general, en los términos indicados de manera constante por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

8. La contradicción de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, per se, como fuente autónoma del derecho, no da lugar a la comisión del delito de prevaricato por acción, salvo que se trate de la jurisprudencia proferida en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes o que el desconocimiento de la jurisprudencia conlleve la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.

La Corte considera que, contrario a lo sostenido por los demandantes, el delito de prevaricato por acción no se comete por una simple disconformidad que se presente entre una providencia, resolución, dictamen o concepto y la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes, a menos que se trate 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.

La anterior afirmación se fundamenta en un examen acerca de: (i) el carácter vinculante que presenta la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes; (ii) los efectos de los fallos de control de

constitucionalidad sobre las leyes; (iii) los 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

8.1. El carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes.

Una interpretación literal del artículo [230](#) constitucional indicaría que la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes es sólo un criterio auxiliar de interpretación, es decir, una mera guía u orientación para los jueces, carente por tanto de verdadero efecto vinculante. La anterior hermenéutica resulta inaceptable, por las razones que pasan a explicarse.

Desde un punto de vista de dogmática constitucional, autores clásicos como Chamberlai, sostienen que el respeto por los precedentes se funda en un tríptico: protección de las expectativas patrimoniales, seguridad jurídica y necesidad de uniformidad de los fallos. Sin embargo, en últimas, todas ellas se subsumen tanto en el principio de seguridad jurídica como en aquel de igualdad: casos iguales deben ser resueltos de la misma forma.

De allí que, reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunde en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.

La Corte Constitucional, de igual manera, ha reconocido expresamente el carácter vinculante que ofrece la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes. Así, desde temprana jurisprudencia sostuvo lo siguiente:

“Cuando el término de comparación no está dado por los propios precedentes del juez sino por el de otros despachos judiciales, el principio de independencia judicial no necesita ser contrastado con el de igualdad. El juez, vinculado tan sólo al imperio de la ley (CP art. [230](#)), es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-[.083](#) de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, **es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13).** A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución

Posteriormente, en sentencia C- [836](#) de 2001, con ocasión de una demanda de

inconstitucionalidad dirigida contra el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, a cuyo tenor “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”, consideró lo siguiente:

“La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

De allí que en el mencionado fallo la Corte haya resuelto lo siguiente:

“**PRIMERO.-** Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia.

Más recientemente, la Corte en sentencia T- [571](#) de 2007 consideró lo siguiente:

“**Los límites a la autonomía .** Sin embargo, también ha señalado que la autonomía judicial que se protege, en materia de interpretación, no es del todo absoluta. Existen criterios objetivos que permiten fijar un límite legítimo a la interpretación judicial, en la medida en que orgánicamente establecen premisas generales que no pueden ser libremente desechadas por el fallado. Esos criterios objetivos son: a). El juez de instancia está limitado por el **precedente** fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta; b)El tribunal de casación en ejercicio de su función de unificación puede revisar la interpretación propuesta por los juzgados y tribunales en un caso concreto, y fijar una doctrina que en principio será un elemento de unificación de la interpretación normativa que se convierte precedente a seguir. c) Si bien, ese criterio o **precedente** puede ser refutado o aceptado por el juzgado de instancia, lo claro es que no puede ser desoído abiertamente en casos iguales, sino que debe ser reconocido y/o refutado por el juez de instancia o tribunal, bajo supuestos específicos; d) el precedente, no es el único factor que restringe la autonomía del juez. Criterios como la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, exigen que los pronunciamientos judiciales sean debidamente fundamentados y compatibles con el marco axiológico, deontológico y el cuerpo normativo y constitucional que compromete el ordenamiento jurídico; e) Finalmente el principio de supremacía de la Constitución obliga a todos los jueces a interpretar el derecho en compatibilidad con la Constitución El deber de interpretar de manera que se garantice la efectividad de los principios, derechos y deberes de la constitución, es entonces un límite, si no el más importante, a la autonomía judicial } { }

En esa misma providencia se destacó la labor que deben desempeñar los Tribunales de Distrito Judicial en la construcción de un entramado de precedentes jurisprudenciales, con el propósito de asegurar el derecho a la igualdad entre los ciudadanos y la seguridad jurídica:

“En conclusión, los Tribunales cumplen en sus respectivos Distritos Judiciales una importante función de unificación de la jurisprudencia en ámbitos no cubiertos, por razones legales, por la Corte Suprema de Justicia. En esa medida deben aplicar a casos iguales o similares los mismos criterios jurisprudenciales seguidos por sus Salas en decisiones anteriores. Para separarse razonadamente de un precedente establecido por otra Sala o por sí mismos en casos sustancialmente idénticos, los integrantes de la Corporación deben justificar de manera suficiente y razonable el cambio de criterio a fin de resguardar con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad y como las garantías de autonomía en la interpretación judicial protegidas por la Constitución. Tratándose de jueces colegiados la garantía de autonomía e independencia les permite a los miembros discrepantes salvar su voto, pero cuando actúan como ponentes deben respetar los precedentes establecidos por la Corporación como órgano de decisión.

La Corte Constitucional ha considerado asimismo que la jurisprudencia de tutela también presenta un carácter vinculante, y en consecuencia, como se examinará, en algunos casos su desconocimiento puede comprometer la responsabilidad penal de los servidores públicos, no sólo de los jueces sino también de quienes sirven a la administración y de aquellos particulares que de forma transitoria o permanente ejercen funciones públicas. Veamos.

En sentencia T- [260](#) de 1995 la Corte comenzó a hacer reconocer el carácter vinculante de sus fallos proferidos en sede de amparo, sopesando el principio de autonomía judicial y el derecho que tienen los ciudadanos a ser juzgados de manera igual. En palabras de esta Corporación:

En últimas, la Constitución Política es una sola y el contenido de sus preceptos no puede variar indefinidamente según el criterio de cada uno de los jueces llamados a definir los conflictos surgidos en relación con los derechos fundamentales.

Es verdad que, como esta Corporación lo ha sostenido repetidamente, uno de los principios de la administración de justicia es el de la autonomía funcional del juez, en el ámbito de sus propias competencias (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), pero ella no se confunde con la arbitrariedad del fallador para aplicar los preceptos constitucionales. Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo [230](#) de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. **Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar.** (negrillas agregadas).

El anterior criterio fue seguido en sentencia T- 175 de 1997, insistiendo en las particulares que ofrece la jurisprudencia constitucional en relación con aquella sentada por la jurisdicción ordinaria:

“En síntesis, como tal enfoque esterilizaría la función, debe concluirse que las sentencias de revisión que dicta la Corte Constitucional no pueden equipararse a las que profieren los jueces cuando resuelven sobre la demanda de tutela en concreto o acerca de la impugnación presentada contra el fallo de primer grado, sino que, por la naturaleza misma de la autoridad que la Constitución le confiere en punto a la guarda de su integridad y supremacía, incorporan un valor agregado de amplio espectro, relativo a la interpretación auténtica de la preceptiva fundamental sobre los derechos básicos y su efectividad.

Tales sentencias tienen un doble aspecto, con consecuencias jurídicas distintas : uno subjetivo, circunscrito y limitado al caso concreto, bien que se confirme lo resuelto en instancia, ya sea que se revoque o modifique (artículos [36](#) del Decreto 2591 de 1991 y [48](#) de la Ley 270 de 1996), y otro objetivo, con consecuencias generales, que implica el establecimiento de jurisprudencia, merced a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo, y que, cuando plasma la interpretación de normas constitucionales, definiendo el alcance y el sentido en que se las debe entender y aplicar -lo cual no siempre ocurre-, puede comportar también la creación de doctrina constitucional, vinculante para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas.

De igual manera, la Corte en sentencia T- 068 de 2000 reiteró que sus sentencias de amparo no resultaban equiparables con aquellas que profieren los jueces ordinarios, por cuanto se trata de interpretar la Constitución misma. En palabras de esta Corporación:

“De aceptarse la tesis según la cual lo expresado por la Corte Constitucional en un fallo de revisión llega tan solo hasta los confines del asunto particular fallado en las instancias, sin proyección doctrinal alguna, se consagraría, en abierta violación del artículo [13](#) de la Carta, un mecanismo selectivo e injustificado de tercera instancia, por cuya virtud algunos pocos de los individuos enfrentados en procesos de tutela gozarían del privilegio de una nueva ocasión de estudio de sus casos, al paso que los demás –la inmensa mayoría- debería conformarse con dos instancias de amparo, pues despojada la función del efecto multiplicador que debe tener la doctrina constitucional, la Corte no sería sino otro superior jerárquico limitado a fallar de nuevo sobre lo resuelto en niveles inferior de la jurisdicción.

Posteriormente, en sentencia C- 252 de 2001, la Corte reiteró su postura en cuanto al carácter vinculante de presentan los fallos de tutela, los cuales trascienden la resolución del caso concreto:

‘Aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutive de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del "imperio de la ley" a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo [230](#) de la Constitución’.

De igual manera, cabe señalar que la Corte ha considerado, de manera constante, que la acción de tutela procede cuando los jueces en sus providencias se apartan arbitrariamente de los precedentes sentados por las Altas Cortes (precedente vertical) o sus propias decisiones (precedente horizontal). Así, en sentencia T- 698 de 2004, decisión que ha sido reiterada de manera constante, consideró lo siguiente:

“En el caso del precedente horizontal, es decir aquel determinado por un mismo cuerpo colegiado o por una misma autoridad judicial de igual jerarquía, se concluye que tanto los jueces, como los magistrados pueden apartarse sabiamente del precedente de otra sala o de un pronunciamiento establecido por si mismos, siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia, justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho había seguido en casos sustancialmente idénticos, quedando resguardadas con ese proceder tanto las exigencias de la igualdad y como las garantías de independencia judicial

exigidas.

(...)

En conclusión, y de manera general, para efectos de separarse del precedente horizontal o vertical, son necesarios entonces, dos elementos básicos: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad” (Subrayas no originales)

En suma, debido a las profundas transformaciones que en los últimos años ha conocido el sistema de fuentes colombiano se ha abandonado una concepción decimonónica de la jurisprudencia, fundada en postulados tales como (i) el juez es un mero aplicador de normas legales; (ii) los pronunciamientos judiciales de las Altas Cortes sólo tienen un carácter indicativo o ilustrativo acerca de la forma como debe entenderse la ley; y (iii) los jueces gozan de total libertad para apartarse de sus fallos anteriores (precedente horizontal) como aquel de sus superiores jerárquicos (precedente vertical).

De igual manera, la creación de un sistema de precedentes constitucionales, incluso en un sistema jurídico de origen romanista, legislado y tradición continental europea como el colombiano, no sólo apunta a acordarle una mayor coherencia interna al mismo, garantiza de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, sino que además asegura la vigencia de los derechos fundamentales, y por ende el carácter normativo de la Constitución, en la medida en que, dada el carácter abierto que ofrecen las disposiciones constitucionales contentivas de aquéllos, se precisa de la existencia de un entramado de precedentes que precisen el sentido y alcance de aquéllas.

8.2. Efectos de los fallos de control de constitucionalidad sobre las leyes.

El artículo [243](#) constitucional señala que “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. Quiere ello significar que, por mandato constitucional, todas las autoridades públicas en Colombia, incluidos los jueces, deben acatar lo decidido por la Corte en sus fallos de control de constitucionalidad.

Ahora bien, en materia de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional es preciso distinguir, como se ha hecho en otras oportunidades, entre tres componentes del fallo de constitucionalidad: la ratio decidendi, los obiter dictum y el decisum. Al respecto, la Corte en sentencia SU- 047 de 1999 consideró lo siguiente:

“Estos conceptos son formulados de distinta manera y con lenguajes diversos por los autores, lo cual ha generado a veces agudas discusiones conceptuales. Sin embargo, su sentido esencial es relativamente claro: Así, el decisum es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etc. Por su parte, la ratio decidendi es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento

normativo directo de la parte resolutive. En cambio constituye un mero dictum, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.

En igual sentido, la Corte en sentencia C- [836](#) de 2001 se pronunció acerca de las diferencias existentes entre estos tres componentes del fallo de constitucionalidad, en los siguientes términos:

“Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que **no todo el texto de su motivación resulta obligatorio**. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados obiter dicta o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho

Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los obiter dicta, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo [230](#) de la Constitución. Por supuesto, la definición general de dichos elementos no es unívoca, y la distinción entre unos y otros en cada caso no resulta siempre clara. Sin embargo, la identificación, interpretación y formulación de los fundamentos jurídicos inescindibles de una decisión, son labores de interpretación que corresponden a los jueces, y principalmente a las altas Cortes. La *ratio decidendi* de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia, sin extender ni limitar su aplicabilidad, desconociendo o sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto.

Así las cosas, una vez proferido un fallo de control de constitucionalidad de una ley ningún juez puede aplicar en una sentencia una norma legal que haya sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en delito de prevaricato por acción por violación directa de la Carta Política, es decir, del artículo [243](#) Superior. En caso de tratarse de un fallo de exequibilidad, no le sería dable al juez recurrir a la excepción de inconstitucionalidad, en tanto que si se está ante una declaratoria de constitucionalidad condicionada, igualmente le está vedado a cualquier juez acordarle una interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte, siendo vinculante en estos casos tanto el *decisum* como la *ratio decidendi*. De igual manera, la administración pública no puede apartarse de lo decidido por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en la mencionada conducta delictiva.

En relación con los efectos de los fallos de inexecutable, la Corte en sentencia T- 355 de 2007 consideró lo siguiente:

“La Sala de Revisión no comparte la posición asumida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por cuanto ello conduciría a admitir que una disposición legal declarada inexecutable por vicios de procedimiento en su formación, pudiese seguir desplegando efectos jurídicos, postura que sería contraria a lo consagrado en el artículo [243](#) constitucional. En efecto, el fenómeno de la inexecutable conduce a que la norma jurídica no pueda seguir produciendo efecto alguno en el mundo jurídico.

En igual sentido se pronunció la Corte en sentencia T- 356 de 2007, en relación igualmente con la imposibilidad de que una norma legal declarada inexecutable pueda seguir produciendo efectos en el ordenamiento jurídico colombiano:

“La Sala de Revisión no comparte la posición asumida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por cuanto ello conduciría a admitir que una disposición legal declarada inexecutable por vicios de procedimiento en su formación, pudiese seguir desplegando efectos jurídicos, postura que sería contraria a lo consagrado en el artículo [243](#) constitucional. En efecto, el fenómeno de la inexecutableidad conduce a que la norma jurídica no pueda seguir produciendo efecto alguno en el mundo jurídico. De tal suerte que, en el caso concreto, el condenado que no hubiese solicitado el beneficio de que trata el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, durante el tiempo en que la norma estuvo vigente, esto es, desde el 25 de julio de 2005 (fecha de entrada en vigor de la ley) hasta el 18 de mayo de 2006 (fecha en la cual fue declarado inexecutable el artículo 70 de la Ley 975 de 2005), no puede en la actualidad solicitar la aplicación de una disposición que fue expulsada del ordenamiento jurídico colombiano. Razonar de manera distinta conduciría a sostener que, a pesar de lo decidido en sentencia C- 370 de 2006, el artículo 70 de la Ley de Justicia y Paz sigue vigente.

En suma, una vez la Corte Constitucional declara inexecutable una disposición legal, ningún servidor público puede emitir resolución, dictamen o concepto fundado en aquella, por cuanto de esta manera se estaría desconociendo directamente la Constitución. De igual manera, una vez proferido un fallo de executableidad condicionado, al servidor público le está vedado acordarle a la ley un significado distinto de aquel que la Corte consideró que era el único ajustado a la Carta Política.

8.3. 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.

Existen casos en los cuales 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 aquella se comete, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.

Al respecto, cabe señalar que las disposiciones son simples enunciados normativos, cuyo significado sólo es atribuido una vez son interpretados. De allí que de una misma disposición, sea constitucional o legal, pueden derivarse numerosas normas, esto es, mandatos, prohibiciones o permisiones. Así, mientras la primera es el objeto a interpretar, las segundas constituyen el resultado de tal labor.

En tal sentido, se suele afirmar que los preceptos constitucionales son mucho más genéricos que los de las leyes u otras normas. Son, en general, “esquemáticos, abstractos, indeterminados y elásticos, y por lo tanto “no predeterminan por completo en ningún caso el acto de aplicación, sino que éste se produce al amparo de un sistema normativo que abarca diversas posibilidades”

No obstante lo anterior, las Constituciones pueden contener disposiciones bien precisas (vgr. la mayoría se alcanza a los 18 años de edad), en tanto que las leyes ordinarias conceptos abiertos o indeterminados (vgr. las buenas costumbres).

En este orden de ideas, se presentan casos en los cuales una disposición ofrece un sentido

unívoco, claramente aplicable para la resolución del caso concreto. Se presentaría prácticamente una identidad entre la disposición y norma derivada de ésta, quedando reducida al mínimo la actividad creadora del derecho por parte del juez.

La situación es mucho más compleja cuando por el elevado grado de indeterminación que ofrece una disposición constitucional o legal, su significado no es unívoco ni su aplicabilidad al caso concreto es aceptable por consenso o unanimidad. No se trata por tanto de una fácil labor de subsunción de un supuesto de hecho a lo prescrito en un enunciado normativo sino, en términos de Hesse, de una verdadera tarea de concretización, es decir, de creación judicial de un sistema de normas derivadas que servirán de premisa mayor al momento de resolver un caso concreto.

Así, partiendo de la afirmación según la cual en ciertos casos no existe realmente una mayor diferencia entre la disposición constitucional o legal y la norma derivada de ésta, el acatamiento, por parte de los servidores públicos de los pronunciamientos emanados de las Altas Cortes, equivaldría simplemente a aplicar la ley, con lo cual el debate entorno al carácter vinculante de la jurisprudencia emanada de aquéllas carecería de toda relevancia. En otras palabras, siendo tan estrecho el nexo existente entre la disposición legal y la norma, la labor de intermediación que cumple la jurisprudencia entre ambas se desvanece, con lo cual la fuerza vinculante termina siendo de la ley y no de aquélla.

Corolario de lo anterior es que cuando los servidores públicos se apartan de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes en casos en los cuales se presenta una simple subsunción, pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente. La anterior afirmación se ajusta a los dictados del artículo [230](#) Superior, según el cual los jueces en sus sentencias están sometidos “al imperio de la ley”.

La situación resulta ser completamente distinta cuando se está ante una disposición constitucional o legal que admite diversos significados, es decir, de aquélla derivan distintas normas jurídicas. En tales situaciones, estima la Corte que la existencia de mecanismos en el ordenamiento jurídico encaminados a controlar jurídicamente a los jueces de inferior jerarquía en el sentido de acatar la precedentes sentados por las Altas Cortes, como lo es el recurso extraordinario de casación, son suficientes para garantizar el carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por aquéllas, sin tener que recurrir a una medida tan drástica de intervención en el derecho fundamental de la libertad individual, como lo es un proceso penal por la comisión de un delito de prevaricato por acción. Así mismo, para el caso de los demás servidores públicos no se podría afirmar que, en tales casos, estuvieran actuando de manera “manifiestamente contraria a la ley”. En efecto, en tales situaciones no puede hablarse realmente de una resolución “manifiestamente contraria a la ley”, por cuanto, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el acto del servidor público o la providencia del juez no resultan ser ostensiblemente arbitrarios o irrazonables. De hecho, suele igualmente suceder que, dado el elevado carácter abierto que ofrece la disposición constitucional o legal, algunas Salas de las Altas Cortes hayan derivado unas normas jurídicas y otras unas distintas, con lo cual ni siquiera se cuente con una jurisprudencia considerada constante en la materia.

Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que la Corte en sentencia C- [836](#) de 2001 estimó que los jueces inferiores que desearan apartarse de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema de Justicia, “están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia”, es decir, se garantiza la autonomía e independencia de la rama judicial.

En este orden de ideas, 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. De tal suerte que, a diferencia de lo acontecido con el texto legal, el cual debe ser debidamente promulgado y publicado en el Diario Oficial para ser oponible a los ciudadanos, los fallos proferidos por la jurisdicción ordinaria sólo deben ser notificados a las partes.

Ahora bien, la Corte estima que a efectos de determinar si realmente un servidor público, en un caso concreto, incurrió en el delito de prevaricato por acción por desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte la cual comporte, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, resultará indicativo examinar si se está en presencia de un manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitucional constante. En efecto, 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. En otras palabras, en los fallos de reiteración la Corte Constitucional ha acordado un sentido claro y unívoco a la “ley”, en los términos del artículo [413](#) del Código Penal. Situación semejante se presenta en las sentencias de unificación jurisprudencial, en la medida en que la Corte acuerde una determinada interpretación no sólo a una disposición constitucional, sino a normas de carácter legal o a un acto administrativo de carácter general.

Ahora bien, la situación es bien distinta cuando se está ante casos novedosos, donde realmente no se puede hablar de que los servidores públicos hayan desconocido la jurisprudencia sentada por una Alta Corte la cual conlleve, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE, el artículo [413](#) del Código Penal, por los cargos analizados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

Con salvamento de voto

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Ausente en comisión

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

Impedimento aceptado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-[335](#) DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

Referencia: Expediente D-6943 y D-6946

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo [413](#) de la Ley 599 de 2000.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito manifestar mi disenso frente a la decisión adoptada en esta providencia, en la cual se decide declarar exequible el artículo [413](#) del Código Penal, ya que si bien me encuentro de acuerdo con la decisión de exequibilidad, no comparto los fundamentos de esta decisión, como me permito exponer a continuación:

1. A mi juicio, el sistema jurídico colombiano no admite el precedente jurisprudencial obligatorio, como quiera que la Constitución Nacional consagra en el artículo [230](#) el principio de

autonomía de los jueces, que en sus decisiones solo están sujetos al “imperio de la ley”, de modo que no se encuentran obligados a seguir una determinada jurisprudencia y por tanto, esta conducta no puede constituir de ninguna manera delito de prevaricato por acción, si se tiene en cuenta que el precepto constitucional sólo le da a la jurisprudencia el carácter de “criterio auxiliar”. Aceptar esta posibilidad, viola en mi concepto, el artículo [230](#) de la Constitución Política.

2. Por tanto, para el suscrito magistrado el ordenamiento jurídico colombiano constituye un sistema de reglas y leyes y no un sistema de precedentes, tal y como lo establece el artículo [230](#) de la Constitución Nacional, en el sentido de que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley y que los demás criterios, tales como la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial.

En este orden de ideas, considero que tal como lo dispone la norma superior, los jueces se encuentran bajo el mandato categórico de la ley, y la jurisprudencia constituye sólo un criterio auxiliar.

Ahora bien, en materia de la jurisprudencia constitucional, para el suscrito magistrado es claro que de conformidad con el artículo [243](#) Superior y los artículos [21](#) y [23](#) del Decreto 2067 de 1991, las sentencias de constitucionalidad de esta Corporación tienen el valor de cosa juzgada constitucional con efectos erga omnes.

De otra parte y en relación con las sentencias de tutela, éstas sólo tienen efectos inter partes, esto es, surten efectos en el caso concreto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo [36](#) del Decreto 2591 de 1991. Una tesis contraria a la sentada en estas sentencias no puede dar origen por tanto a un prevaricato.

3. Para el suscrito magistrado, la presente demanda introduce un tema que genera muchas dificultades, en cuanto plantea que el desconocimiento de la jurisprudencia puede llegar a constituir prevaricato. A este respecto, reitero que nuestro sistema jurídico no es de precedentes jurisprudenciales obligatorios, pues el artículo [230](#) de la Constitución Política establece claramente que la jurisprudencia es solamente criterio auxiliar, lo mismo que la doctrina, de modo que no se le puede dar un valor distinto.

De otra parte, y desde el punto de vista del derecho comparado, es conveniente advertir que la obligatoriedad del precedente no existe en ningún sistema, aún ni siquiera en EE.UU. que cuenta con una Constitución de más de 200 años, la cual ha permanecido en el tiempo, entre otras cosas, por la posibilidad de que existan varias interpretaciones. Así también por ejemplo, la Cámara de los Lores de Inglaterra en 1890 declaró que no estaba obligada por la jurisprudencia.

4. Ahora bien, esta sentencia plantea también el problema de si puede considerarse a la jurisprudencia como fuente de derecho. Para algunos no lo es, pues el juez está sometido a la ley y la jurisprudencia, constituye una simple aplicación de aquélla. Acerca de este tema no sobra recordar que nadie posee la verdad revelada, ni existen verdades absolutas, ni hay lugar a una sola interpretación jurídica correcta. Así las cosas, no se puede pretender imponer un método de interpretación único, pues existen varios métodos hermenéuticos. A este respecto, es de señalar que la rama judicial se rige por principios distintos, en cuanto funciona con independencia hacia fuera y hacia adentro. Los jueces tienen el derecho a disentir y no pensar igual y sólo están atados a la ley y a las pruebas.

5. Otro de los problemas que plantea esta sentencia es el de determinar cuál es el precedente, en qué momento se configura, respecto de lo cual cabe observar que una sola decisión en contrario de la interpretación jurisprudencial hasta ese momento aceptada, la eliminaría.

Por consiguiente, considero que en nuestro sistema jurídico sólo puede hablarse de “doctrina probable” y que la casación existe para unificar jurisprudencia, pero igual el juez puede separarse de ella.

6. Así mismo, en mi criterio no es congruente sostener que el juez inferior pueda incurrir en prevaricato por apartarse de la jurisprudencia, mientras que las cortes no, como también lo es que lo que para un juez constituye un cambio de jurisprudencia para otro juez sea prevaricato.

A este respecto, considero que las altas cortes tienden a mantener el status quo y que la circunstancia de que existan diversas interpretaciones no origina un caos jurídico, pues hay mecanismos institucionales, recursos ordinarios y extraordinarios para evitar que ello ocurra.

7. Para este magistrado, lo predecible en el derecho no puede ser que exista una sola interpretación, ni un solo intérprete. El primer intérprete de todos es el propio constituyente, luego el legislador y luego los jueces de la República. Así mismo, puede haber varias interpretaciones posibles de una norma, inclusive de la Constitución. A mi juicio, lo que le puede exigir el ciudadano al juez, es que se aplique una de esas interpretaciones probables y no una manifiestamente absurda o contraria a la Constitución Política.

8. Igualmente, considero que la Constitución establece una jerarquía normativa y la norma a aplicar se define caso por caso, y que en este sentido el ordenamiento jurídico es escalonado y sistemático, de manera que partiendo de la Constitución, que es fuente de todas las normas, cada norma es fuente de la que le sigue y a su vez ésta se encuentra sometida al precepto Superior.

Por tanto, a mi juicio aquí se plantea un falso problema, pues siempre habrá una norma para aplicar y el problema jurídico planteado en todo caso se reduce a la creación y aplicación de normas jurídicas. Así también, sostengo que la única cosa juzgada verdadera es la que excluye normas del orden jurídico.

9. En síntesis, reitero que la Constitución Nacional establece que la jurisprudencia es solamente criterio auxiliar, así como que no se entiende cómo la Corte Constitucional sí se puede apartar de su propia jurisprudencia o de la cosa juzgada cuando varíe el contexto, pero un juez no se puede apartar de la jurisprudencia con una interpretación razonable, porque según el criterio expuesto por esta sentencia, dicha interpretación constituiría un prevaricato.

De conformidad con lo expuesto, manifiesto mi discrepancia frente a esta decisión, por cuanto no se puede desconocer el artículo [230](#) de la Constitución Política.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

