

PREVARICATO/ ABUSO DE FUNCION PUBLICA

Tesis:

Mientras la acción prevaricadora se da dentro de un pronunciamiento específico (resolución o dictamen), que en forma manifiestamente contraria a la ley es proferido u omitido por razón y con ocasión del deber propio del servidor público en el trámite de un determinado asunto, en el abuso de la función pública el sujeto activo, que también es servidor público, hace abstracción de su ámbito de competencia y de manera abusiva realiza función oficial que legalmente no le corresponde.

PROCESO : 9820

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Aprobado Acta No.136

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y seis (1996).

V I S T O S

Por las vías del recurso de apelación interpuesto y sustentado en debida forma por la señora agente del Ministerio Público, conoce la Corte del auto a través del cual una

Sala Penal de decisión del Tribunal Superior de Valledupar, decretó la nulidad de todo lo actuado, a partir inclusive de la resolución de noviembre 4 de 1993 mediante la cual la Unidad de Fiscalía Delegada ante esa corporación, dispuso acusar a la doctora CARMEN YANETH DAZA ARIÑO, ex-juez Promiscuo Municipal de Bosconia (Cesar), como presunta responsable de un delito de prevaricato por acción.

H E C H O S:

La doctora CARMEN YANETH DAZA ARIÑO, como Juez Promiscuo Municipal de Bosconia (Cesar), mediante providencia de fecha julio 23 de 1991, admitió la demanda de ejecución singular de menor cuantía presentada contra dicho municipio, y decretó las medidas inherentes, entre ellas el embargo y secuestro de saldos en cuentas bancarias.

Notificado el Alcalde Municipal MARIO BERNARDO GIRALDO JORDAN, confirió poder al Secretario Jurídico quien impetró el decreto de nulidad de la actuación por falta de competencia funcional (art. 140-2 C. de P.C.), petición que no fué resuelta por la juez afirmando impedimento para seguir conociendo del proceso, en razón de considerar a BERNARDO GIRALDO, como principal sospechoso de un atentado contra ella, su esposo e hija, del cual formuló la consecuente denuncia penal (Fs. 78, 80, 85, 96, 98 y 99 cdno. 1°).

ACTUACION PROCESAL:

Iniciado el sumario y vinculada en indagatoria (F.124 a 128 Cdno. 1°), la situación jurídica de la sindicada se definió con medida de aseguramiento de detención preventiva otorgándole el beneficio de excarcelación caucionada (F. 604 y Ss.); clausurada la instrucción, la Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar en resolución del 4 de noviembre de 1993, dispuso convocar a juicio a CARMEN YANETH DAZA ARIÑO, como inculpada del punible de prevaricato por acción, cometido " al librar

mandamiento ejecutivo contra el Municipio de Bosconia sin ser la competente para conocer de este proceso...”, decisión recurrida en apelación y confirmada por la unidad de fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el 29 de marzo de 1994.

En curso la etapa del juicio y ya fijada fecha para la celebración de la audiencia pública, el abogado defensor de la procesada solicitó al Tribunal la declaratoria de “nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir del auto que resolvió la situación jurídica...” (sic, f. 24 Cdn. Tribunal), bajo la consideración de que los cargos se formularon por el delito de prevaricato por acción, cuando “la conducta que se está tildando de típica en este caso” es haber tramitado un “proceso ejecutivo de menor cuantía sin tener competencia para ello”, por lo cual el enjuiciamiento debe efectuarse sobre el delito de abuso de función pública, tipificado en el artículo 162 del Código Penal.

EL AUTO IMPUGNADO:

Por decisión dividida, el Tribunal decretó la nulidad, aunque de manera oficiosa por cuanto ya había transcurrido el término para su proposición por los sujetos procesales. Tuvo en cuenta las siguientes razones:

“... Del anterior análisis se colige que el comportamiento desplegado por la procesada no es enmarcable dentro del presupuesto típico que preceptúa el Art. 149 del C. P., sino más bien en lo que dispone o configura el Art. 162 ibídem que tipifica el delito de Abuso de Función Pública, porque del contenido de los hechos se advierte que la procesada en su carácter de Juez Promiscuo Municipal de Bosconia (Cesar), al admitir y ordenar mandamiento de pago y las medidas preventivas de embargo y secuestro contra los bienes del municipio de Bosconia realizó una función pública diversa de la que legalmente le había sido atribuída por la ley en los Arts. 14 y 15 del C. de P. C., pues se arrogó una facultad que le está atribuida en primera instancia a los Jueces Civiles del Circuito.

Al actuar la funcionaria judicial al margen del marco de su competencia señalada por la ley, deja entrever una conducta irregular que puede ser constitutiva de delito, pero sin que de ningún modo se engaste en la figura del Prevaricato por Acción y como se le formuló acusación por este tipo penal es entendible entonces que se ha incurrido en una errónea calificación jurídica del hecho criminoso imputado, lo que trae consigo una invalidez de parte de la actuación procesal, no sólo por quebrantarse el debido proceso que debe observarse en este caso sino también el derecho de defensa, puesto que lo normal y procedimental es que se le haya formulado el cargo correcto a la inculpada en la resolución acusatoria...” (F.35 y Ss. cdno. tribunal).

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION:

Expresa la recurrente, Procuradora 177 Judicial Penal, que tanto los supuestos de hecho como los de derecho que fueron considerados en la resolución calificatoria en sus dos instancias, de lo cual fué partícipe al pedir la formulación de acusación por el delito de prevaricato por acción, mantienen plena vigencia y por eso mismo, no puede cumplirse el cambio del nomen iuris como presupuesto de la declaratoria de nulidad, como lo dispuso la Sala del Tribunal de Valledupar, criterio que apuntala en la claridad del contenido del artículo 16 del C. de P.C., cuyo desconocimiento inexcusable por sí solo determina la incursión en la conducta descrita por el art. 149 del C. P. y no en el art. 162. Concluye argumentando “...que el criterio diferenciador entre Prevaricato, Abuso de Funciones Públicas y Usurpación de Funciones no es el de la competencia sino el de la oposición manifiesta de la ley...” (F.51 cdno. tribunal).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La solución a este problema resulta difícil, frente a los elementos que son comunes y hacen, para calificar un caso como el analizado, muy cercanos en su descripción los tipos de conducta previstos por los artículos 149 y 162 del Código Penal, esto es, el

prevaricato por acción y el abuso de función pública. Así se aprecia desde el mismo juicioso planteamiento de las tesis sustentadas, de una parte por el defensor de la procesada al solicitar la nulidad y por la decisión mayoritaria del Tribunal, y de otra en el salvamento de voto, compartido con similitud de argumentos por la señora agente del Ministerio Público en la impugnación.

Evidentemente, en ambos casos se requiere actuación dolosa; el bien jurídico protegido es el mismo; la funcionaria investigada, como juez de la República en desempeño de su labor oficial, es sujeto activo calificado para incurrir en cualquiera de estos dos tipos penales y, en efecto, realizó una conducta activa funcionalmente contraria a derecho, pues admitió una demanda de ejecución y decretó las primeras medidas inherentes, contra el Municipio de Bosconia, ente territorial que, al tenérsele como parte, hace transferir al Juzgado Civil del Circuito la competencia que normalmente tendrían, tratándose de procesos de menor cuantía, los estrados civiles o promiscuos municipales, como el de la encausada (art. 16 C. de P. C. modificado por el numeral 6° del artículo 1° del D.E. 2282/89).

Conviene empezar a precisar que mientras la acción prevaricadora se da dentro de un pronunciamiento específico (resolución o dictamen), que en forma manifiestamente contraria a la ley es proferido u omitido por razón y con ocasión del deber propio del servidor público en el trámite de un determinado asunto, en el abuso de la función pública el sujeto activo, que también es servidor público, hace abstracción de su ámbito de competencia y de manera abusiva realiza función oficial que legalmente no le corresponde.

Observando el caso concreto, obra acusación contra la funcionaria de haber actuado en forma contraria a derecho, pero esa actuación está circunscrita al posible abuso cometido, cuando desde su posición como Juez Promiscuo Municipal realizó una función pública expresamente adscrita a la competencia de un despacho de diferente jerarquía.

Resulta que ese proceder tachado de ser manifiestamente ilegal, que encontraría adecuación típica en el artículo 149 del decreto 100 de 1980, vigente para la época de los hechos, también la halla de manera más específica y en ajustado detalle, en la previsión del 162 ibídem, cuya aplicación debe preferirse por su mayor riqueza descriptiva ante el caso concreto, para superar de esta manera el concurso aparente de tipos.

Aparte de lo expresado por esta Sala en la providencia de fecha abril 22 de 1982, proceso 26.373, M.P. Dr. Luis Enrique Romero Soto, texto allegado a este expediente por el señor defensor, se encuentra particularmente ilustrativo lo resuelto el 13 de febrero de 1991, segunda instancia No. 5466, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia, al expresar que el juez que transciende los límites de su jurisdicción, ciertamente abusa de la función pública. Y agrega:

“... hay prevaricato y no abuso de función pública cuando de suyo la providencia emitida sea manifiestamente ilegal, aunque haya habido extralimitación funcional. ...”

A contrario sensu, si el funcionario que abusa de su cargo al asumir una labor que no le corresponde, desarrolla ésta de manera acorde a lo estatuido o, en otras palabras, tal como lo haría lícitamente el competente, solo está incurriendo en el abuso de función pública.

Esta corporación volvió a pronunciarse de manera correlativa el 14 de septiembre de 1995 (única instancia No. 10.131, M.P. doctor Carlos E. Mejía Escobar), para considerar que si bien la conducta allí investigada “contiene algunos elementos que en un momento dado permitirían enmarcarla en la figura del prevaricato por acción, es cierto también que el hecho imputado se subsume de manera amplia y correcta dentro de la descripción del delito de abuso de función pública” ; luego de efectuar un recuento jurisprudencial y sobre la evolución normativa, concluyó:

“De manera que el ataque al bien jurídico de la administración pública, en tanto

tiene que ver únicamente con formas comisivas que implican usurpación o ejercicio de funciones públicas que no se tienen, encuentra concreta y precisa adecuación en las disposiciones del Capítulo IX del Título III del C. Penal, a diferencia de cuando no solo se abusa de la función sino que también se prevarica, caso en el cual este punible comprende el primero”.

Acertó entonces el Tribunal en la decisión recurrida, al señalar que el abuso de función pública se tipifica al actuar donde no se tiene competencia, mediante comportamiento que “puede ser desarrollado lícitamente por el empleado que tiene facultad para ello; en cambio en el abuso de autoridad y en el prevaricato, como bien lo pone de resalto el defensor, el acto es ilegal no importando que funcionario lo ejecuta” (F. 37, 2° Cdno. de 2a. Instancia).

Cabe destacar que el mandamiento de pago librado contra el Municipio de Bosconia por la doctora CARMEN YANETH DAZA ARIÑO, como Juez Promiscuo Municipal, mediante providencia de fecha 23 de julio de 1991 (F. 78 cdno. 1°), ni en su forma, ni en su oportunidad, ni en su contenido aparece reprochado como “manifiestamente contrario a la ley” y por consecuencia adecuado en el tipo de prevaricato por acción (art. 148); esa medida no ha sido cuestionada por la juridicidad de lo dispuesto y la tacha se ha desenvuelto exclusivamente sobre la falta de competencia de la funcionaria que la profirió, como se aprecia inclusive en las consideradas argumentaciones de la Procuradora recurrente (“... así su decisión hubiere sido correcta en cuanto a que en la misma forma habría procedido el competente; ...”, F. 51 ib.).

El elemento generador de la acción típica, estuvo entonces determinado por la indebida asunción de competencia para tramitar el asunto, que por disposición del art. 16-1 del C. de P. C., le estaba adscrito en primera instancia al conocimiento exclusivo de los Jueces Civiles de Circuito, en razón de ser el ejecutado un ente de derecho público de los allí enumerados -un municipio-, arrogación anormal de competencia que devino en la posible

realización de “funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan” (art. 162 C.P.).

Corolario de todo lo anterior resulta afirmar que se está frente a un típico “abuso de función pública”, resultando por lo mismo acertado y digno de confirmación el pronunciamiento oficioso de nulidad (arts. 304.1 y 305 C. de P. P.), desde la resolución de acusación inclusive (Fs. 630 y Ss.), proferido por la Sala mayoritaria del Tribunal, al no existir lamentablemente en el procedimiento vigente mecanismo alguno que permita modificar la calificación dentro del juicio, en un caso como el presente, y quedar en esa anulación la única alternativa para preservar el debido proceso y el derecho de defensa, que resultarían conculcados por la errónea denominación del hecho punible en que se incurrió al calificar el mérito sumarial.

Este es un punto que sí requiere reforma normativa, tal como lo ha expresado esta corporación (mayo 8/96, casación 9196, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia), al recordar cómo se ha adoptado un criterio jurisprudencial “que reconoce la acusación como jurídica y no fáctica, sin desconocer desde el punto de vista de la ‘lege ferenda’ que la teoría de la imputación fáctica es una alternativa interesante que debe considerar el legislador para evitar las dilaciones procesales a que casi siempre conduce la corrección que debe hacerse de los quebrantos al rito fundamental”, pero entre tanto no puede eludirse la deplorable anulación, como en la providencia que se confirma.

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

R E S U E L V E:

CONFIRMAR el auto de origen, fecha y contenido anotados, objeto del recurso de apelación.

COPIESE Y DEVUELVA.

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE JORGE A. GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO

PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria