

Proceso Nº 15003

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado: Acta No. 104.

Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil (2.000).

VISTOS:

Dicta la Sala sentencia respecto de la doctora MARIA DEL CARMEN LLERENA ROCA, quien fuera acusada en relación con un delito de prevaricato por acción cometido en época en que se desempeñaba como Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha.

HECHOS:

Adelantándose, por la Fiscalía Seccional Antisecuestro y Extorsión de Riohacha, sumario en contra del entonces Alcalde de Villanueva (Guajira), Gonzalo Lacouture Lacouture, por cuanto éste, hallándose en receso el Concejo Municipal, en contra de lo dispuesto por el Acuerdo 15 de 1.993 y la Ley 38 de 1.989, decretó, en abril 13 de 1.994, unos traslados presupuestales del capítulo de inversión al de funcionamiento, y vinculado al mismo, mediante diligencia de indagatoria, se le hizo, en agosto 30 de 1.994, sujeto de medida de aseguramiento de detención preventiva con excarcelación, la que, impugnada por el defensor, motivó el arribo de las diligencias a la Fiscalía de segunda instancia, donde su coordinadora, doctora MARIA DEL CARMEN LLERENA ROCA, autoasignándose el

asunto, decidió, a través de proveído fechado en octubre 12 de ese mismo año, no sólo, en oposición al acerbo probatorio, revocar la resolución apelada, sino, además, precluir la instrucción argumentando una causal no objetiva.

Por razón de tal determinación se investigó, aplicó medida de aseguramiento y acusó en este asunto a la doctora MARIA DEL CARMEN LLERENA ROCA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22'417.882 de Barranquilla, de 45 años de edad, hija de Daniel Joaquín y Alicia Mercedes, estado civil casada, madre de tres hijos, grado de instrucción superior, profesión abogada y actualmente privada de libertad, descontando la pena de cinco años de prisión, que esta Sala le impusiera mediante fallo de octubre 15 de 1.997, por hechos cometidos igualmente cuando se desempeñaba como Fiscal Delegada ante el susodicho Tribunal Superior.

#### ACTUACION PROCESAL:

De manera oficiosa y teniendo como fundamento y objeto de la misma la decisión de octubre 12 de 1.994, a través de la cual, la doctora MARIA DEL CARMEN LLERENA ROCA revocó la medida de aseguramiento, que en primera instancia dictó la Fiscalía Antiextorsión y Secuestro de Riohacha, el 30 de agosto del mismo año, y precluyó el sumario que se siguiera en contra de Gonzalo Lacouture Lacouture, se inició y adelantó, por el despacho del Vicefiscal General de la Nación, investigación que logró el recaudo de las siguientes pruebas:

1. La hoja de vida de la funcionaria, especialista en derecho penal, permite establecer que se desempeñó como Juez Penal Municipal y Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar, según acuerdos 015 de agosto 21 de 1.979 y 039 de octubre 7 de 1.980, respectivamente; Fiscal ante el Juzgado Segundo Superior de Riohacha, desde noviembre 20 de 1.984 hasta junio 30 de 1.992, fecha a partir de la cual fue incorporada a la Fiscalía General de la Nación como Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha y que en tal

cargo se desempeñaba para la época de los acontecimientos, siendo suspendida en el ejercicio del mismo a partir de octubre 10 de 1.996, mediante Resolución 0861 de la citada fecha emanada de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera.

2. Adjuntada copia de las diligencias que la Fiscalía Antiextorsión y Secuestro de Riohacha prosiguiera contra el Alcalde de Villanueva, se determinó:

a. Anexando copia de los actos respectivos, los Concejales del referido Municipio, Enrique Luis Peñaloza Peñaloza y José de la Cruz Cuadrado Pérez formularon denuncia en contra del burgomaestre Gonzalo Lacouture Lacouture por cuanto éste, hallándose el Concejo en receso, entre otros hechos, dispuso, mediante acto administrativo No. 035 de abril 13 de 1.994, unos traslados presupuestales violando el Acuerdo 015 de abril 13 de 1.994, constitutivo del presupuesto para la vigencia fiscal de 1.994, así como la Ley 38 de 1.989.

b. Según el artículo 16 del precitado Acuerdo, “por el cual se fija el presupuesto de rentas, recursos de capital y gastos del Municipio de Villanueva, Departamento de La Guajira, para la vigencia fiscal del primero (1º) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1.994)”, sancionado en diciembre 16 de 1.993 por el señor Gonzalo Lacouture y devuelto por la Secretaría de Gobierno departamental en enero 5 de 1.994 al considerarlo acorde con la Constitución y la Ley, “Los traslados presupuestales son los que se presentan durante la ejecución del Presupuesto, tendientes a racionalizar de la mejor manera posible, las operaciones de apropiaciones sobrantes o innecesarias y que se requieren para alimentar otros que acusan carencia de disponibilidad presupuestal. Estos se realizarán por vías de acuerdo estando reunido el Concejo, pero cuando se encuentre en receso, el Alcalde podrá efectuarlo mediante Decreto, previa certificación de la disponibilidad de Presupuesto y concepto favorable de la Junta de Hacienda Municipal... Los Contracréditos podrán ser: De Funcionamiento para Inversión, de Inversión para Inversión y de Funcionamiento, para Funcionamiento, pero nunca de Inversión para

Funcionamiento”.

c. Contrariando, en efecto, tal precepto, e incluso sobrepasando el concepto de la Junta de Hacienda Municipal por cuanto ésta se refiere al traslado de cuatro partidas y no de ocho, el Decreto 035 de abril 13 de 1.994, expedido por el Alcalde Gonzalo Lacouture Lacouture, dispuso trasladar \$16.200.000,00 del rubro de libre inversión al de funcionamiento, para atender servicios personales a cargo del Despacho del Alcalde.

d. Iniciada la correspondiente investigación en julio 25 de 1.994, y vinculado a la misma el denunciado funcionario municipal, mediante diligencia de indagatoria, fue definida su situación jurídica, en resolución de agosto 30 del mismo año, dictándose en su contra detención preventiva por el punible de prevaricato, y como ésta fuere apelada por el defensor, adjuntando extractos de la sentencia C-546 de octubre de 1.992, copia del susodicho Decreto 035, del oficio de planeación donde se daba cuenta de la insuficiencia de algunos rubros del presupuesto, del acta de la Junta de Hacienda autorizando el traslado de cuatro partidas de libre inversión, del Acuerdo 012 de 1.990, orgánico del presupuesto municipal y de la Ley 38 de 1.989, se remitieron las diligencias a la Fiscalía de segunda instancia a donde arribaron el 6 de octubre de 1.994, siendo autoasignadas a la doctora Llerena Roca, quien, ejerciendo como Fiscal Coordinadora, dictó la cuestionada decisión de octubre 12 de la citada anualidad revocando la decisión recurrida y precluyendo la investigación por considerar que, si bien en principio se determinaba objetivamente la conducta de prevaricato en el actuar del Alcalde, no se podía pasar por alto la obligación de recaudar imparcialmente las pruebas desfavorables como favorables y en ese sentido echó de menos tanto el fallo del Contencioso Administrativo, referido por Lacouture en su diligencia de indagatoria, acerca de la legalidad de algunas de las disposiciones del Acuerdo 015, incluido el artículo 16 transcrito, pues, de allí, dice la Fiscal, “se sacaría una conclusión positiva acerca de la culpabilidad que se le debe imputar al señor Alcalde de Villanueva...”, como un acta de la Junta de Gobierno, si es que existió, donde se hubiere tomado alguna decisión con respecto a la acción del

burgomaestre.

Por eso, concluyó la Fiscal, como “hasta el momento no se encuentra probado hecho punible alguno por el cual se tenga que culpabilizar al señor Alcalde Municipal de Villanueva, señor GONZALO LACOUTURE LACOUTURE, ya que como se señaló antes por parte de este Despacho Fiscal, no se llegó prueba contundente, veraz antes de proferir el Auto Contentivo de la Medida de Aseguramiento recurrida y con posterioridad a ello se allegan pruebas que deben valorarse porque guardan relación de causa a efecto con respecto al hecho punible aquí estudiado que dejan la certeza necesaria para poder afirmar que en realidad de verdad los elementos estructurales del Delito de Prevaricato por el cual se profirió Medida de Aseguramiento no se tipifican en el caso de marras, y es por ello que se deberá ordenar la Preclusión de la presente investigación, debida a que es clara que la acción aquí investigada fue ajustada a los parámetros que para el caso exigía la Ley 38 de 1.989, como también los reglamentos internos municipales que rigen las decisiones aquí aludidas con la respectiva Acta de la Junta de Hacienda Municipal, quedando claro que el fundamento de el proveído recurrido queda sin piso jurídico...”.

3. En diligencia de indagatoria, e incluso al ser interrogada en la audiencia pública, MARIA DEL CARMEN LLERENA ROCA explica lacónicamente que, al precluir la investigación, entendió ajustarse a derecho no sólo porque dentro de la impugnación se demandaba la revocatoria de la medida, sino porque además se solicitaba aquella determinación al no existir la prueba contundente. Por eso, basándose en las pruebas adjuntadas por el recurrente y en las que ya existían en el expediente, concluyó que el Alcalde Lacouture no había cometido delito alguno y, por ende, su conducta era atípica, de modo que, si su decisión resultó errada, como así lo acepta, se debió ello a una equivocada interpretación del concepto “libre inversión” al entenderlo como partida que podía mudar de destino, pero nunca a un deseo consciente de vulnerar la ley.

4. Definida su situación jurídica, en resolución de abril 3 de 1.998, con medida de aseguramiento de detención preventiva, se calificó luego, en septiembre 10 del mismo año, el mérito del sumario, dictándose en su contra acusación en los términos que siguen.

#### LA ACUSACION:

Consideró el señor Vicefiscal General de la Nación, tras la correspondiente reseña del proceso donde se dictó la cuestionada providencia y concluir que la conducta del alcalde de Villanueva resultaba ilícita por comprender el traslado de partidas presupuestales de inversión a funcionamiento, contra expresa prohibición legal, que la actitud asumida por la doctora LLERENA ROCA configuraba el delito de prevaricato toda vez que, satisfaciendo el proceso la exigencia probatoria prevista como sustancial para sustentar una medida de aseguramiento en disfavor de Lacouture, la revocatoria de la que se adoptara en primera instancia era improcedente, aún independientemente de la calificación jurídica que mereciera la acción del burgomaestre.

Sostiene la acusación la intrascendencia de los motivos aducidos por la procesada en su condición de ad quem, pues si bien se echaban de menos algunas pruebas, éstas no incidían en el fondo del asunto, ni, mucho menos, lograba su ausencia desvirtuar la prueba mínima que gravitaba sobre el alcalde; por el contrario, tal aserto da la idea de cuán ilegal es la providencia cuestionada, pues precisamente la invocada deficiencia probatoria motivaba para que la instrucción continuase y no, contraviniendo el ordenamiento procesal, en cuanto limita la competencia del superior a los temas materia de apelación, así como la jurisprudencia en la medida en que, en segunda instancia, orienta los efectos del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, a causales eminentemente objetivas, para decretar su preclusión.

Del mismo modo, inadmisible le resulta al ente acusador la argumentación defensiva que

en su indagatoria suministrara la doctora LLERENA, pues las pruebas que ella cita como sobrevinientes en segunda instancia, no son realmente tal o no tienen los efectos que la ex Fiscal pretendió imprimirles, y a cambio sí demuestran la ilegalidad del traslado presupuestal a la vez que descartan el alegado error de interpretación, habida cuenta que ninguna dificultad en ese sentido presentaba la norma que prohibía de manera clara, expresa y absoluta el traslado de partidas de inversión a funcionamiento.

#### AUDIENCIA PUBLICA:

Concurriendo a tal acto la acusada y su defensor, así como la agente del Ministerio Público y el Vicefiscal General de la Nación, solicitó éste se dictare sentencia de condena en disfavor de la procesada habida consideración que, no obstante contar ella con elementos de juicio que hacían evidente la ilicitud cometida por el Alcalde de Villanueva y procedente la medida de aseguramiento recurrida al igual que la prosecución del sumario, tales como la denuncia, en donde se exponía con claridad la violación del Acuerdo 015, el oficio de enero 5 de 1.994 en el que el Secretario de Gobierno departamental advertía la conformidad del citado Acuerdo frente a la Constitución y la Ley, el Acuerdo 015 precisamente, donde se dispuso la prohibición absoluta de trasladar partidas de inversión al rubro de funcionamiento, la indagatoria del Alcalde en cuanto aceptó haber inaplicado el acto del Concejo Municipal y la propia decisión revocada, asumió una determinación manifiestamente contraria a la ley que no puede explicarse por el hecho de que en el sumario no se hubieren recaudado aún algunas pruebas, pues, si bien resultaba cierto que no se había allegado pronunciamiento del Contencioso sobre la legalidad del Acuerdo, tal deficiencia no podría comportar, sin más, la revocatoria y mucho menos la preclusión, máxime si se observa que la Fiscal eludió el análisis legal específico sobre el Decreto 035 o, si se advierte que, aún ante los vacíos de los medios de prueba, la determinación legal no podía ser otra que proseguir la instrucción, pero jamás su terminación frente a una causal no objetiva.

Bastaba, agrega el acusador, que la entonces Fiscal Coordinadora, quien se autoasignó el caso y lo decidió luego de dos días de haber ingresado a su despacho, no obstante el elevado volumen de carga laboral que entonces soportaba, según lo afirmó en este mismo acto público, confrontara el decreto proferido por el Alcalde con las disposiciones que estaba obligada a observar para concluir, no sólo que la calificación jurídica correcta debía ser la de peculado por aplicación oficial diferente, sino principalmente que se satisfacía la mínima exigencia legal para sustentar una medida de aseguramiento, descartándose así, a la vez, el alegado error de interpretación, donde ciertamente la experiencia laboral y la formación académica son elementos que concurren a reforzar su inexistencia.

También la Procuradora Delegada en lo Penal demanda una sentencia de condena por considerar que, a pesar de los elementos de juicio con que contaba la acusada y de conocer perfectamente cuál era el motivo de impugnación, decidió fallar, de manera abierta y manifiesta, contrariando el ordenamiento y las pruebas que conformaban el proceso.

La ausencia de sindéresis, equidad y lógica en la providencia cuestionada, la exigencia de certeza sobre los elementos del delito y no la existencia apenas de un indicio grave, dice el Ministerio Público, refleja hasta dónde la acusada contrarió el contenido del artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, el que indudablemente le era conocido no sólo porque le eran sabidas las funciones judiciales, sino porque además comprendía su rol de funcionaria ad quem, como que llevaba un considerable tiempo en su ejercicio y por lo mismo, le era imperativo conocer en qué momento procesal y bajo qué circunstancias procedía la preclusión del sumario, sin que le fuere aceptable para esos efectos, so pena de violar el artículo 36 ídem, en los albores de la investigación, y en inoportuna etapa, invocar una deficiencia de prueba que perfectamente resultaba subsanable.

Por su parte la acusada, persistiendo en su lacónica actitud, aduce simplemente haber

cometido un error, sin que en momento alguno su voluntad estuviera dirigida a violar el ordenamiento.

Finalmente el defensor de la doctora MARIA DEL CARMEN LLERENA ROCA, aceptando que ésta adoptó una decisión equivocada sostiene que la misma carece del calificativo manifiesto que exige el artículo 149 del Código Penal, pues actuó con el pleno convencimiento de estar aplicando el derecho en el real sentido de la palabra, actuando, como siempre lo hizo en el ejercicio del cargo, de buena fe; además, por el volumen de asuntos que la doctora Llerena manejaba para la época de los hechos, le hacen suponer al defensor la carencia de tiempo para mirar en detalle todas las probanzas adjuntadas a un expediente, por eso, agrega, si bien el Acuerdo 015 prohibía ciertos traslados, no menos cierto es que se adjuntó acta de la Junta de Hacienda Municipal en que los autorizaba, luego no resultaba improbable que pruebas de tal entidad hicieran incurrir a la acusada en la equivocación que finalmente cometió, nada de lo cual se desvirtúa por la experiencia laboral o la formación académica, pues estos elementos no hacen a nadie infalible.

Sostiene, concluyendo su intervención, que la conducta de la procesada se identifica más con la descripción contenida en el artículo 152 del Código Penal como abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, por lo que solicita se considere el cambio de calificación jurídica, si es que no se accediere a su principal pedimento de absolución.

#### CONSIDERACIONES:

1. Si bien la inusitada solicitud que, al final de su intervención, formuló el defensor lo fue de manera subsidiaria, a fin de que se varíe la calificación jurídica efectuada en la acusación y en tal virtud se troque hacia un abuso de autoridad, también delito contra la administración pública, que, desde luego, busca favorecer la situación de la procesada habida consideración de su punibilidad, resulta evidente que, metodológicamente y en

aras de definir la tipicidad del hecho materia de juzgamiento, sea tal asunto el que en primer término examine la Sala, para establecer, como en efecto sucede, su carencia de fundamento.

2. Aunque ambos punibles, como ya se anunció, se constituyen en atentados al bien jurídico de la Administración Pública, es palmaria la imposibilidad legal de que entre ellos, por razón de los principios de especialidad y subsidiariedad, se presente un fenómeno concursal, pues ninguna duda existe acerca de que la descripción señalada en el artículo 152 del Código Penal sólo es aplicable “fuera de los casos especialmente previstos como delito”.

En dicho sentido y no habiendo variado la fórmula que en ese respecto señalara el Código Penal de 1.936, mantiene vigencia el criterio jurisprudencial según el cual “En el Estatuto Penal Colombiano existen normas que prevén y sancionan los hechos ilícitos ejecutados por funcionarios públicos con abuso de su función o de su cargo. Así por ejemplo, el Artículo 171 del Código Penal define y sanciona el llamado ‘Abuso de Autoridad’ que hace consistir en el actuar del funcionario o empleado público ‘que fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad’. Se ha dicho por la doctrina y la jurisprudencia, que esta es una disposición de naturaleza general y complementaria dirigida a reprimir todos aquellos abusos cometidos por funcionarios públicos contra los derechos de otros y que no han sido contemplados en una especial disposición legal. Que, como quiera que no todos los funcionarios públicos han sido especialmente reprimidos a través de las normas del Código Penal, era justo y conveniente, para evitar lagunas, que una norma general lo previera encerrando en una de carácter general como la referida, todas las posibles contingencias de abusos innominados de autoridad, que de todos modos ofenden el buen nombre y el prestigio de la administración pública, colocándola por ello, en el Título correspondiente del Estatuto Penal, que busca

fundamentalmente la tutela del interés relativo a que las funciones públicas de que están investidos los funcionarios públicos, no sean usadas por ellos para cometer hechos ilegítimos dirigidos a causar un daño a otros.” (Sentencia de abril 2 de 1.976, M.P. Jesús Bernal Pinzón).

Criterio que se reitera, ya en vigencia del Decreto Ley 100 de 1.980, al sostenerse “... la dificultad que existe para establecer un alindamiento preciso entre los delitos de abuso de autoridad, prevaricato y abuso de funciones por lo que dice relación a la índole de éstas.

“En los tres delitos el sujeto activo es un funcionario público aunque de la usurpación puede serlo también un particular.

“En los tres el agente obra en forma funcional, vale decir por medio de actos relacionados con una función pública, o sea que en todos ellos el agente actúa en desempeño real o fingido de una atribución funcional y no como simple particular.

“La diferencia fundamental entre los tres delitos puede señalarse diciendo que mientras en la usurpación el agente ejecuta un acto que está atribuido por la ley a otro funcionario y que éste pudiera llevar a cabo lícitamente, en el abuso de autoridad y en el prevaricato, ese acto es ilegal, no importa quien lo ejecute.

“La que existe en estos dos últimos ilícitos y la usurpación estriba en que mientras en esta, como queda dicho se está ejerciendo una función que no le compete al agente, en aquellos éste obra dentro de su función, pero abusando de ellas.

“Porque tanto el abuso de autoridad como el prevaricato presuponen la existencia del poder de que se abusa, pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que ésta señala o apartándose de los procedimientos que ella ha establecido.

“‘Para abusar, ha dicho un autor, debe tenerse el derecho de usar. Si falta el poder no se puede hablar de abuso. Se tiene entonces, usurpación’ (Riccio Idelitti contra la publica amministrazione. pg.394).

“De otro lado, la diferencia entre abuso de autoridad y el prevaricato, fuera de ser el primero el género y el segundo la especie, o, dicho de otro modo, existir el primero cuando no puede decirse existente el segundo, es más cuantitativa que cualitativa.” (Sent. de abril 22 de 1.982, M.P., Dr. Luis Enrique Romero Soto).

O cuando se afirmó que “El Código penal, al recoger las conductas que se han considerado dignas de reproche y por tanto sancionables, ha establecido una serie de bienes jurídicos necesitados de protección, y dentro de las varias tipificaciones que tocan con ellos, ha reglado también diversos rangos punitivos, otorgando a cada conducta un grado especial de sanción y unos elementos para su configuración.

“Esta estructura, que no es en modo alguno caprichosa, es de carácter general y obligatorio cumplimiento. Así aun cuando los delitos de prevaricato y abuso de la autoridad atentan contra el bien jurídico de la administración pública, cada uno de ellos debe ser aplicado en situaciones diversas y tienen igualmente distinta respuesta punitiva, sin que sea posible intercambiar ni su adecuación típica ni la pena indistintamente, que de tal forma carecería de razón una codificación sancionatoria.

“Si la conducta desplegada por el funcionario -como en este caso- encuentra pleno acomodo dentro de la figura del prevaricato, es por tal delito que debe producirse el llamamiento a juicio, toda vez que la figura del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto deja porciones de la actividad funcional sin reproche de ninguna naturaleza, a más de que este último delito solamente es aplicable ‘fuera de los casos especialmente previstos como delito’, según se consignó literalmente en el artículo 152 del Código Penal.” (Sent. de junio 12 de 1.990, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas).

Por ende, si analizadas las diversas circunstancias en que el hecho se cometió y, dada la riqueza descriptiva del prevaricato, se colige que la conducta investigada se aviene a tal tipo penal, inútil resulta la referencia al genérico de abuso de autoridad, mucho más cuando éste, por concepción del legislador, según se viene de reseñar, ostenta un carácter subsidiario.

3. Así las cosas, imputándose a la doctora MARIA DEL CARMEN LLERENA ROCA, servidora pública, como así se acreditó a través de las constancias idóneas al efecto, el proferimiento de una resolución que contrarió de manera ostensible o manifiesta la ley, es indiscutible que una tal conducta se adecua de preciso modo a la descripción prevista en el artículo 149 del Código Penal como prevaricato y, en consecuencia, a ninguna variación de la calificación jurídica hecha en la acusación, ha de accederse.

4. En ese respecto de la adecuación típica, unánime y acertada es la concepción de todos los sujetos procesales sobre la ilegalidad de la providencia que dictara la entonces Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha, pues en abierta contradicción con lo ordenado en los artículos 36, 217 y 388 del Código de Procedimiento Penal, revocó una medida de aseguramiento omitiendo la existencia de la prueba mínima que en efecto la hacía procedente y precluyó la correspondiente investigación, existiendo elementos probatorios que se lo impedían, y en etapa procesal que legalmente rehusaba un tal proceder por no tratarse de causal objetiva, sino de una de aquellas que demandaba una valoración sobre el fondo del asunto, aunque, en últimas, no se haya podido determinar si dicha decisión se adoptó por atipicidad o por inculpabilidad.

Es que, independientemente de la ausencia de pruebas que invocó la doctora Llerena en su resolución, una cierta y la otra supuesta pues mientras efectivamente nada se sabía sobre algún pronunciamiento del Contencioso a que el Alcalde Lacouture se refiriera en su indagatoria, la Fiscal echó de menos un acta de la Junta de Gobierno que en parte alguna se aducía o se exigía, era claro que para el apresurado momento, dos días

después de haber entrado el asunto al despacho y tres luego de la autoasignación, en que asumió el caso en su condición de ad quem, el expediente contenía el sustento demostrativo mínimo de que realmente el burgomaestre había incurrido en ilícita conducta, toda vez que obrando allí el Acuerdo 015 de 1.993 y el Decreto 035 del año siguiente, su simple confrontación hacía ostensible la ilegalidad de este acto por cuanto, en contra de la expresa y absoluta prohibición impuesta por el Concejo Municipal de Villanueva, el Alcalde, en receso de aquella célula, realizó traslados presupuestales del rubro de inversión al de funcionamiento, sin que ello pudiera justificarse por el superfluo argumento de que el origen del traslado era la partida de libre inversión, como si semejante adjetivo mutara su naturaleza y finalidad, ni desvirtuarse por la ausencia del pronunciamiento de lo Contencioso cuando todo indicaba que una tal afirmación del Alcalde no pasaba de ser una coartada o pueril explicación, ante el hecho de que el acto del Concejo, expedido en diciembre 7 fue sancionado por Lacouture en diciembre 16 siguiente y a él devuelto, en enero de 1.994, por el Secretario de Gobierno departamental con anotación de que lo encontraban conforme con la Constitución y la Ley, situación que además, si en verdad se propusieron las objeciones y el Contencioso las compartió, siendo de fácil demostración, comportaba la obvia adjunción de certificación o constancia al respecto, cosa que nunca hizo el entonces abogado recurrente y que extrañamente eludió al menos referir.

No había, para el 12 de octubre de 1.994, en el proceso adelantado contra el mandatario del Municipio de Villanueva, prueba alguna que permitiese al menos barruntar que el Alcalde había actuado dentro de la órbita legal, y mucho menos podía hacérsele producir a un supuesto vacío probatorio semejantes efectos, cuando un análisis ceñido al ordenamiento permitía colegir, sin vacilaciones y sin acudir a intrincadas o complejas argumentaciones que el burgomaestre había actuado ilegalmente.

5. En ese sentido es patente que la decisión cuestionada a la doctora Llerena contrarió la ley de modo manifiesto, y aunque en tal respecto la defensa sustenta una alegación de

atipicidad, es claro que ésta se basa en crasos errores conceptuales que la llevan a confundir tal calificativo con el elemento volitivo de la culpabilidad dolosa.

Si lo manifiestamente contrario a la ley, que se pregona de la resolución o dictamen proferidos por el servidor público imputado, tiene dicho la Sala, (Sentencia de agosto 28 de 1.997, M.P. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego), “encierra un elemento normativo específico del tipo, que como tal exige una valoración judicial en atención al caso concreto y de cara a una justificación material de los argumentos del actor comprometido y no de una mera justificación formal” y si por manifiesto se entiende lo ostensible, patente, claro, es conclusión ineluctable que la decisión reprochada a la Fiscal Delegada reúne dicha condición por cuanto el haz probatorio, sin mayores lucubraciones, le hacía imperativo, en primer lugar, atenerse a las exigencias del artículo 388 del ordenamiento procesal penal para así confirmar la decisión apelada y, en segundo lugar, avenirse a las preceptivas de los artículos 36 y 217 de la misma normatividad que le impedían la opción preclusiva. Sin embargo, en contra de la evidencia, y exponiendo una argumentación sofística discordante con los hechos y con los citados preceptos, la Fiscal, obedeciendo a su mero capricho, revocó, sin existir razón para ello, la medida de aseguramiento, para, a renglón seguido, de manera absurda, precluir una investigación porque, inventándose una nueva causal, no contaba con prueba contundente sobre la tipicidad de los hechos imputados al Alcalde de Villanueva o sobre su culpabilidad, cuando la exigencia legal es precisamente en otro sentido, pues la investigación se precluye sólo cuando “aparezca plenamente comprobado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica” o cuando “está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse”, quedando de todas maneras restringida tal decisión, en segunda instancia, a la concurrencia de elementos objetivos cuando ese no haya sido el tema de la impugnación, según de tiempo atrás, y aún bajo la vigencia del Decreto 050 de 1.987, lo tiene claramente decantado la

jurisprudencia de la Corte, toda vez que “si la causal que se pretende invocar por el ad quem o que ante él se aduzca, no es de carácter eminentemente objetivo, sino de aquellas que requieren de una valoración subjetiva o de responsabilidad, considera la Sala que disponer la cesación de procedimiento no es posible, por carecer el ad quem de competencia para ello...”. (Auto de julio 12 de 1.988, M.P. Guillermo Duque Ruiz).

Por tanto, la manifiesta ilegalidad de una resolución, como ingrediente objetivo, relativo en cada caso, no se corresponde, ni debe confundirse con los elementos del dolo, ni es factible hacerse depender de la buena o fe o de la malicia con que hubiere procedido el servidor público acusado, ni puede, por lo mismo, descartarse ante la afirmación de que el funcionario “actuó con el pleno convencimiento de estar aplicando el derecho en el real sentido de la palabra actuando como siempre lo hizo durante su ejercicio en la judicatura y en la Fiscalía con absoluta buena fe”.

6. Ahora bien, establecida de manera cierta la tipicidad de la conducta que se imputa a la procesada y a la vez su antijuridicidad, habida cuenta que es ostensible la vulneración que con ella se produjo al bien jurídico de la administración pública, con sus execrables secuelas de impunidad, sin que concurriera circunstancia alguna que, de conformidad con el artículo 29 del Código Penal, la excluyere, no pudiendo además tenerse por tal el invocado recargo laboral a que hace alusión la defensa cuando el supuesto fáctico, que le serviría de sustento, ni siquiera es reconocido por la procesada, quedándole de otra parte, imposible de averarlo, cuando se ha establecido que el asunto contra el Alcalde llegó a la Fiscalía en octubre 6 de 1.994, al día siguiente se autoasignó a la doctora Llerena, arribó a su despacho el día 10 para finalmente producirse la prevaricadora decisión el 12 de octubre de esa anualidad, es claro que el iterado argumento defensivo sobre un supuesto error de interpretación no tiene cabida en este asunto como para concluir en la conformación de una eximente de culpabilidad.

En efecto, aunque la procesada ha invocado con insistencia un error, ciertamente no llega a explicarlo y, si lo ubica, no tiene en realidad la consistencia que le pretende dar.

Ese supuesto yerro lo hace recaer en la valoración del concepto “libre inversión” que al parecer entendió como partidas que podían mudar su destino, sin importar si el final era el rubro de funcionamiento, pero aunque ello fuere así, es lo evidente que de la lectura del proveído cuestionado, se colige que ni siquiera tangencialmente dicho aspecto fue tocado por la funcionaria, de modo que los elementos determinantes de su resolución no fue precisamente ese topico, sino esencialmente la carencia de prueba contundente que demostrare la tipicidad y culpabilidad de los hechos imputados al burgomaestre, valiéndose para ello de argumentos sofísticos como el principio de investigación integral o de afirmaciones abstractas y genéricas como la de sostener que la conducta del Alcalde cumplía la Ley orgánica del presupuesto y “los reglamentos internos Municipales”, pero eludiendo, eso sí, lo que era en esencia, su legal obligación de confrontar el Decreto 035 ante el artículo 16 del Acuerdo 015, acción que evidentemente, no aparece por parte alguna de la reprochada resolución.

Por tanto, circunstancias como el apresuramiento, que no eficiencia, en la producción de la providencia, la ausencia de una motivación acorde con el asunto sometido a la segunda instancia, el uso de argumentación aparentemente jurídica, pero abstracta, la elusión en adentrarse en el verdadero tema de debate, constituyen elementos que demuestran el accionar culpable, doloso, de la doctora Maria del Carmen Llerena Roca, pues de ellos se infiere el entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, y la conciencia de que con tal proveído se vulneraba, sin derecho, el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento de la servidora pública, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la Ley y a la justicia.

7. Por todo ello, reunidas en esas condiciones las exigencias del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y tal como lo solicitan la Fiscalía y el Ministerio Público, la acusada será condenada como autora responsable del delito de prevaricato por acción.

Para efectos de punibilidad, teniendo en cuenta que el hecho se cometió en el año de 1.994, cuando aún se encontraba en vigencia el artículo 149 del Decreto Ley 100 de 1.980, sin las posteriores modificaciones que se le introdujeran por virtud de la Ley 190 de 1.995, los límites, por principio de favorabilidad, corresponden en su mínimo y máximo, respectivamente, a uno y cinco años de prisión, sumada la interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Dentro de ellos, atendidos los criterios establecidos en los artículos 61 y 67 del Código Penal, especialmente la gravedad del punible, por cuanto es evidente que, dada la naturaleza del cargo desempeñado por la procesada, en cuyo ejercicio se cometió el hecho, la acción debe ser objeto de mayor reproche frente a las graves secuelas que genera, toda vez que la decisión cuestionada impidió investigar una conducta que ciertamente ostentaba ilicitud frente a un bien jurídico que resulta caro a la sociedad; así como el grado de culpabilidad, en la medida en que contra toda evidencia, elementales conocimientos jurídicos y disposiciones legales, la procesada vulneró el ordenamiento, como así termina por reconocerlo junto con su defensor, de manera consciente e impregnada de una malicia tal que no otra deducción es posible inferir a juzgar por la clase de argumentación que utilizó en su proveído y por las circunstancias de tiempo y modo en que el asunto se le autoasignó y fue despachado; y, finalmente, “la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su ... poder, cargo, oficio o ministerio”, (numeral 11, artículo 66 ídem), como quiera que la doctora MARIA ELENA LLERENA ROCA fungía como Fiscal Delegada ante un Tribunal Superior, la pena a imponerle será de dos (2) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término.

8. Si bien, se reúne así la cuantitativa exigencia prevista en el numeral primero del artículo 68 ibídem, por cuanto la sanción a imponer no excede de tres años de prisión y además la procesada, como evidencia de su personalidad, purga en la actualidad pena que, por cinco años de privación de libertad, le impusiera la Sala por acontecimientos similares a los materia de juzgamiento, es claro que éstos, por su naturaleza y modalidad, referidas a la condición en que el hecho se ejecutó, a sus consecuencias, al bien jurídico vulnerado, así como por la personalidad de la acusada, reflejada no sólo en estos sucesos, sino también en los objeto de la referida condena, permiten suponer que la procesada requiere tratamiento penitenciario, a consecuencia de lo cual se le denegará el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, lo que significa que continuará en privación de libertad, a disposición de la Corte, una vez cesen los motivos que la mantienen en igual situación por virtud del proceso radicado ante esta Corporación bajo el No. 12.907.

Finalmente, como quiera que en el proceso no se estableció la causación de perjuicios que pudieran cuantificarse pecuniariamente, se abstendrá la Sala de condenar en ese respecto a la enjuiciada.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CONDENAR a la doctora MARIA DEL CARMEN LLERENA ROCA a las penas principales de dos (2) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, como autora del delito de prevaricato por acción cometido en época en que fungía como Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha.
2. ABSTENERSE de condenar a la sentenciada a pagar suma alguna por concepto de indemnización de perjuicios.

3. NO CONCEDER a la doctora MARIA DEL CARMEN LLERENA ROCA el subrogado penal de la condena de ejecución condicional y en consecuencia, disponer que continúe privada de libertad, para efectos de que cumpla la pena acá impuesta, una vez se conceda su liberación en el radicado 12.907 de esta Sala.

4. REMITIR copias de esta sentencia a las autoridades indicadas por los artículos 43 del Código Penal y 501 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE JORGE A. GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON NILSON PINILLA PINILLA

Teresa Ruiz Núñez

secretaria