

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Aprobado Acta No. 436.

Bogotá, D.C., veintiocho de noviembre de dos mil doce.

V I S T O S

Juzga la Corte en sede de casación la sentencia de segundo grado proferida el 20 de marzo de 2012 por el Tribunal Superior de Villavicencio, mediante la cual se confirmó el fallo dictado el 15 de septiembre de 2011 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Carreño, Vichada, que condenó al procesado ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ como autor del delito de prevaricato por acción.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Según lo reseñado en el escrito de acusación y en los fallos de instancia, el señor ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ, en su condición de Alcalde Municipal de Cumaribo, Vichada, dictó, el 7 de mayo de 2008, la resolución No. 077, declarando la suspensión en el cargo de Cabildo Gobernador del resguardo indígena “Muco Guarrojo”, del señor Guillermo Gaitán Yavima, acto administrativo cuya parte considerativa y resolutive es del siguiente tenor:

“La Alcaldía Municipal de Cumaribo-Vichada en uso de sus atribuciones legales y [constitución política](#), la ley 136 de 1984 y demás normas concordantes declara:

CONSIDERANDO:

“PRIMERO: La constancia de fecha 03 de mayo de 2008

SEGUNDO: Por petición de algunos de los capitanes del resguardo Muco Barrojo (sic) la revocatoria del señor: GUILLERMO GAITÁN YAVIMA cabildo gobernador del resguardo.

TERCERO: Departe de la comunidad la negligencia de cabildo gobernador por Muerte del señor JORGE SÁNCHEZ CABARTE que era capitán de la comunidad de Palmarito de etnia Piapoco.

RESUELVE

ART. 1. Acatar y cumplir la constancia de fecha 03 de mayo de 2008.

ART.2. Declarar la suspensión del cargo de cabildo gobernador del señor GUILLERMO GAITÁN YAVIMA.

ART.3. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición...”

Posteriormente, con vigencia a partir del 8 de mayo de 2008, el señor Alcalde Municipal de Cumaribo, posesiona como nuevo Cabildo Gobernador a Miguel Ángel Melo Gaitán, precisamente uno de los Capitanes del resguardo Rio Muco Guarrojo, firmante del acta de fecha 3 de mayo de 2008, en la cual se ponen de presente las omisiones observadas en el desempeño de sus funciones por el suspendido Guillermo Gaitán Yavima.

El 3 de junio de 2008, el Alcalde procesado emite la resolución No. 125 de la misma fecha, dejando sin efectos la resolución 077 y devolviendo al cargo de Cabildo Gobernador a Gaitán Yavima.

En la sentencia se sostiene que tales actos administrativos son contrarios a la ley, porque se profirieron desconociendo las normas aplicables a la jurisdicción indígena y los criterios de rango constitucional que rigen la autonomía de los pueblos indígenas.

2. Por los hechos anteriores, en audiencia preliminar celebrada el 25 de enero de 2010, la Fiscalía formuló imputación a ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ por el delito de prevaricato por acción en concurso material homogéneo.

Como el imputado no se allanó a los cargos formulados, el 24 de febrero de 2010, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Carreño, Vichada, la Fiscalía 31 Seccional presentó escrito de acusación contra GÓMEZ GONZÁLEZ, ratificando el concurso delictual deducido en la audiencia de imputación. La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 18 de junio de 2010.

Evacuadas las audiencias preparatoria y de juicio oral, el Juzgado Promiscuo de Circuito de Puerto Carreño, dictó sentencia de primera instancia el 15 de septiembre de 2011, condenando al acusado ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ a la pena principal de 72 meses de prisión y multa de 66,66 s.m.l.m.v. y a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 80 meses, como autor del delito de prevaricato por acción, en concurso homogéneo sucesivo. Se le negaron la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Contra la anterior determinación el defensor de GÓMEZ GONZÁLEZ interpuso recurso de apelación, dando lugar al fallo de segunda instancia proferido el 20 de marzo de 2012 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, que confirmó íntegramente la decisión impugnada.

La sentencia de segunda instancia fue impugnada en casación por el mismo defensor, quien presentó la demanda correspondiente dentro del término legal.

LA DEMANDA

El defensor de ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ presenta un único cargo contra el fallo impugnado, alegando la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho derivado de un falso raciocinio, por manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación probatoria sobre la cual se fundó la sentencia.

En orden a demostrar el error, cita textualmente los apartes pertinentes del fallo que hacen referencia a la tipicidad del delito de prevaricato por acción, para señalar luego que la sustentación del mismo es general y abstracta, ya que nunca se precisó cuál es el ordenamiento legal o constitucional violado o desconocido por su representado.

Agrega que aun cuando el fallador esgrime que la conducta afectó la independencia y autonomía de los pueblos indígenas, concretamente sus usos y costumbres, específicamente en los aspectos que tienen que ver con la elección, suspensión o destitución de sus gobernantes, citando el artículo 246 de la Carta Política. No obstante, la norma citada sólo alude a la función jurisdiccional de los pueblos indígenas, esto es, a la existencia de autoridades judiciales propias de un pueblo indígena y a la potestad de dicha autoridad para expedir normas y procedimientos propios, derecho que no se afectó con las conductas investigadas.

Sostiene que el Tribunal optó por afirmar que ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ obró con conciencia de que con su comportamiento se apartaba del derecho, desconociendo en su argumentación la calidad de indígena del mismo procesado, condición que le imponía tomar las medidas solicitadas por los tres Capitanes Mayores que concurrieron a la administración municipal a solicitar la revocatoria del cargo de Cabildo Gobernador de

Gaitán Yavima, con ocasión de su precaria gestión en el desempeño de sus funciones, al punto que su inactividad produjo el deceso de un miembro de la comunidad indígena, según lo precisan las pruebas obrantes en el proceso.

Pide que se tenga en cuenta que su representado ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ no accedió a la solicitud de revocatoria solicitada por los Capitanes Mayores, sino que se limitó a suspender en el cargo al Cabildo Gobernador Gaitán Yavima, posesionando en su remplazo a Miguel Ángel Melo, no a voluntad suya, sino también por designio de los Capitanes Mayores que en ese momento representaban a la comunidad indígena. Igualmente, por voluntad de la misma comunidad, fue que dejó sin efecto los actos administrativos dictados, retornando a su cargo al suspendido Gaitán Yavima.

Todo ello, dice, para reseñar que el enjuiciado GÓMEZ GONZÁLEZ no obró con conciencia de que con su actuar se apartaba del derecho, conclusión que no admitió el Tribunal con una argumentación simple y sincrética, desconociendo la regla de experiencia que obligaba acudir a los usos y costumbres indígenas para solucionar una problemática, teniendo en cuenta la aceptación colectiva al interior del espacio territorial, cultural y étnico en el cual se presentaron los hechos que originaron la investigación.

De no haber tenido ocurrencia el error, agrega, el fallador se habría visto compelido a absolver a su representado, ante la inexistencia de leyes y procedimientos que determinen a ciencia cierta cómo se suspende, destituye o revoca el nombramiento del cabildo gobernador de una comunidad indígena, máxime cuando esta designa por consenso a la persona que el alcalde debe posesionar.

Insiste en que fue la misma comunidad la que determinó el remplazo del Cabildo Gobernador electo hasta que no se aclararan las circunstancias por las que se le relevó del cargo, lo que una vez ocurrió, motivó que la misma comunidad solicitara la

reinstalación en el cargo del suspendido Gaitán Yavima, sin que en esos actos se vislumbre vulneración a disposiciones legales o constitucionales.

Como normas infringidas cita los artículos 246 de la Carta Política y 6, 373 y 380 del Código de Procedimiento Penal.

Pide, en consecuencia, que se case el fallo impugnado, para que en su lugar se dicte uno de remplazo que absuelva a su representado ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ de los cargos formulados.

La anterior demanda fue admitida en auto del 17 de julio de 2012 y la audiencia de sustentación oral del recurso se evacuó el 1º de octubre del mismo año.

INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. Defensor

A los argumentos expuestos en su demanda agrega que existe una confusión sobre los actos administrativos que sustentan la imputación, pues primero se hace alusión a los que contienen la posesión y suspensión en el cargo, pero luego, en la acusación se hace alusión a la resolución No.1925, que profirió el alcalde revocando la No. 077.

No obstante, sostiene, la conducta del Alcalde no configura delito, porque fue la misma comunidad la que le pidió que revocara el nombramiento del Cabildo Gobernador inicialmente designado y que en su lugar posesionara a la persona que ellos mismos le indicaron, es decir, el alcalde lo único que hizo fue suspender y posesionar a quien la comunidad le indicó, pero nunca destituyó a nadie.

En ese trámite, dice, el Alcalde se atuvo a los usos o costumbres de los indígenas, al punto

que cuando ellos le pidieron que volviera a su cargo al anterior Cabildo Gobernador, se aprestó a revocar la resolución en la que había dispuesto su suspensión, posesionando nuevamente a la persona que indicó la comunidad indígena.

Su obligación como Alcalde, insiste, era posesionar a los dignatarios nombrados por las comunidades indígenas, en este caso dentro del municipio de Cumaribo, circunstancia que no se atiende en el fallo impugnado.

El error, dice, surge cuando se da por sentado que el Alcalde ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ cometió el delito de prevaricato por acción, cuando su conducta era atípica. Si algún desquiciamiento hubo frente a lo administrativo, ello debe dilucidarse por la autoridad contencioso administrativa, única llamada a definir si fue legal o no el nombramiento por parte del conglomerado social indígena.

Al procesado no le estaba permitido entrar a resolver si la decisión de los indígenas fue legal o no, pues lo único que podía hacer era cumplir lo dispuesto por ellos, dictando los actos administrativos a que hubiera lugar y ello fue lo que hizo.

Decir que hubo dolo en la conducta del procesado es un raciocinio equivocado, porque siempre actuó bajo el entendido de que como autoridad administrativa, tenía la obligación de cumplir las solicitudes de la comunidad indígena, las cuales, insiste, no podía cuestionar.

2. El Fiscal Delegado

Después de hacer algunas precisiones sobre la naturaleza del delito de prevaricato y de concretar los hechos por los cuales fue condenado ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ, en su condición de Alcalde del municipio de Cumaribo, Vichada, destaca que la imputación se sustenta en que al dictar los actos administrativos destacados en los hechos, el

burgomaestre se apartó de sus funciones e hizo algo que no le correspondía dentro del ámbito de sus atribuciones, es decir, que invadió una competencia ajena.

No obstante, para la Fiscalía Delegada ante la Corte, no era posible sustentar en ese presupuesto el delito de prevaricato por acción, porque el “salirse de la orbita de sus funciones”, es argumento que sirve para imputar otro delito relacionado con la función publica, pero no el de prevaricato, ya que la decisión no cumple la condición de “manifiestamente contraria a la ley”, porque al suspender al Cabildo Gobernador, actuó dentro la legalidad, ya que en el proceso se acreditó que esas comunidades indígenas cambiaban frecuentemente de Cabildo Gobernador, unas veces dentro de su propio ámbito y, otras, acudiendo al Alcalde municipal de Cumaribo, como sucedió en este caso, en el que tres capitanes mayores del resguardo concurrieron ante el burgomaestre procesado, solicitándole que suspendiera en el cargo al Cabildo Gobernador que ejercía en ese momento, porque no estaba cumpliendo adecuadamente sus funciones y que, en su lugar, designara a uno de lo capitanes concurrentes, petición a la que accedió el procesado.

En esas condiciones, dice, hubo un equívoco en la escogencia del tipo penal, porque la hipótesis delictiva no concuerda con el prevaricato, ya que no existe una norma que proporcione parámetros para sostener que el procesado se apartó de lo que exige la ley, pues la comunidad indígena de “Muco Guarrojo” no tiene registrados sus usos y costumbres ante alguna autoridad, al punto que en la tutela presentada por el Cabildo Gobernador suspendido, el Juez Promiscuo de esa región, en un juicioso estudio, argumenta que como no existe normatividad específica que regule el procedimiento para suspender, designar o destituir a un cabildo gobernador, ello le compete a la misma comunidad.

Y si el Alcalde procesado se entrometió en esa función que le correspondía a la comunidad, lo que hizo fue invadir una competencia que no era suya, asumió una

función ajena, comportamiento que no se corresponde con el delito de prevaricato, sino con un posible abuso de la función, que nunca se examinó, razón por la cual no queda otro remedio que casar la sentencia para que en su lugar se absuelva al procesado.

3. Ministerio Público

En criterio de la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, más que un problema de apreciación de las pruebas, lo que la demanda plantea es un verdadero problema sobre la estricta tipicidad del prevaricato por acción frente a la conducta de ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ.

Recuerda que el contenido de las resoluciones que se reputan contrarias a la ley, hacen referencia a la separación de funciones y posesión de un Cabildo Gobernador del resguardo de Muco Guarrojo. De forma tal que, además de las normas administrativas sobre expedición de actos de tal naturaleza por el alcalde, era necesario para dictar tales resoluciones, contar con la legislación indígena y las específicas particularidades de ese cuerpo legislativo.

Destaca que aunque el demandante argumenta la inexistencia de una ley (formal y materialmente aludida) que fije los procedimientos para suspender, destituir o revocar el nombramiento de un cabildo gobernador, en la sentencia de primera instancia se afirma que de acuerdo con la información de la Oficina de Asuntos indígenas de Vichada, los usos y costumbres en el resguardo de Muco Guarrojo implicaban una asamblea con la concurrencia de aproximadamente 33 capitanes en la elección o revocatoria del Cabildo Gobernador, como quiera que ese es aproximadamente el número de comunidades Sikuaní que conforman el referido resguardo; procediendo luego a posesionarse ante la Alcalde Municipal.

Agrega que si bien el Alcalde procedió a posesionar al Cabildo Gobernador por solicitud de la comunidad, no era cualquier solicitud la que obligaba al burgomaestre a

expedir los correspondientes actos administrativos, sino aquellas peticiones que reflejaran una decisión acorde con los usos y costumbres del resguardo Muco Guarrojo.

En ese sentido, dice, la protección constitucional a la autonomía indígena que se desprende del artículo 330 de Carta Política, está referida al poder regulador de los usos y costumbres, que son la ley a consultar para establecer si la actuación del Alcalde se efectúa conforme o contraria a derecho.

Y la prueba indica que para los actos administrativos aludidos, la solicitud al Alcalde provino de una fracción mínima de esos 33 capitanes, esto es de solo tres, uno de ellos interesado en que fuera posesionado, al día siguiente, en el cargo del que exigía la remoción de su predecesor.

Ante esa realidad, contrario a la intención del demandante, la prueba es indicativa de que las resoluciones proferidas por el Alcalde se hicieron acogiendo una solicitud ilegítima frente a la comunidad Muco Guarrojo y, por lo tanto, contraria a la ley.

En ese sentido, concluye, no se configura la causal de casación, motivo por el cual solicita que no se case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es cierto, como lo anuncia la Procuradora Delegada en su intervención en la audiencia de sustentación del recurso de casación, que más que errores en la valoración probatoria asumida por el juzgador, lo que la demanda revela es un problema de estricta tipicidad de la conducta de ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ, cuando en su condición de Alcalde Municipal de Cumaribo, Vichada, dictó: (i) la resolución No. 077 del 7 de mayo de 2008, suspendiendo en el cargo de Cabildo Gobernador del resguardo indígena “Muco Guarrojo” al señor Guillermo Gaitán Yavima; (ii) posesionó, con vigencia a partir del día siguiente, al capitán indígena Miguel Ángel Melo Gaitán como nuevo

Cabildo Gobernador del resguardo; (iii) dictó la resolución No. 125 del 3 de junio de 2008, dejando sin efectos la No. 077 y devolviendo al cargo de Cabildo Gobernador a Gaitán Yavima.

Ello en consideración a que el argumento central de la demanda gira en torno a la falta de concreción, en la sentencia, de uno de los elementos estructurales para la tipicidad del delito de prevaricato por acción, porque nunca se precisó cuál fue el ordenamiento legal o constitucional violado o desconocido por el procesado, pues el juzgador se limita a decir que la conducta afectó la independencia y autonomía de los pueblos indígenas, concretamente sus usos y costumbres en aspectos relacionados con la elección, suspensión o destitución de sus gobernantes, pero sin especificar cuáles fueron las leyes o procedimientos desconocidos, vacío que según la defensa no se llena con la cita del artículo 246 de la Carta Política, porque éste sólo alude a la función jurisdiccional de los pueblos indígenas y a la potestad para expedir normas y procedimientos propios, derecho que nunca se afectó con la conducta investigada.

En efecto, si a ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ se le juzga como autor del delito de prevaricato por acción, que describe el artículo 413 del Código Penal como aquella conducta en que incurre el servidor público cuando profiere “resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley”, será necesario, entonces, verificar si desde la formulación de la acusación se dejó claramente determinada la manifiesta contrariedad entre las decisiones administrativas cuestionadas y las disposiciones legales aplicables al caso.

Se trata, nada menos, que del establecimiento del ingrediente normativo del tipo imputado, que se verifica mediante una tarea de confrontación objetiva entre el contenido del pronunciamiento –resolución, dictamen o concepto – y lo que el ordenamiento jurídico establece, ordena o prohíbe, a fin de elucidar si las disposiciones o materias de aquel están en sintonía con los dictados que emanan de éste¹,

al punto que si la resolución, dictamen o concepto no es manifiestamente contrario a la ley, no puede predicarse el desvalor de la acción y por ende la conducta es atípica.

Pues bien, en el escrito de acusación radicado por la Fiscalía el 24 de febrero de 2010, se concretó la imputación jurídica en los siguientes términos:

“De conformidad con los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente allegada, se puede afirmar con probabilidad de verdad que el acusado, es autor responsable del atentar contra la administración pública, al emitir dos actos contrarios a derecho sin estar facultado para ello conforme a los hechos ya descritos, en consecuencia la Fiscalía General de la Nación, por medio de esta Delegada lo acusa de ser autor responsable del punible tipificado, en el Código Penal, título XV DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, CAPÍTULO SÉPTIMO – DEL PREVARICATO, ART. 413 –denominado genéricamente PREVARICATO POR ACCIÓN, el cual prescribe una pena de prisión para la época de los hechos en caso de condena de 48 a 144 meses, conforme al aumento que hiciera la ley 890/04 en su Art. 14. Conducta que de acuerdo al Art. 31 C.P. lo es en concurso homogéneo toda vez que se infringió en dos oportunidades la misma disposición penal.” (Se ha resaltado).

A su vez, los “hechos ya descritos” a que alude la imputación jurídica, son del siguiente tenor:

“Mediante resolución No. 077 del 7 de mayo de 2008, el señor ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ, en su calidad de ALCALDE MUNICIPAL del Municipio de Cumaribo Vichada revocó el nombramiento de cabildo gobernador del resguardo MUCO GUARROJO, del señor GUILLERMO GAITAN YAVIMA, aduciendo en el acto administrativo que procedía así por petición de algunos capitanes del mencionado resguardo, en el acápite del resuelve en el artículo primero estipuló acatar y cumplir la constancia del 3 de mayo de 2008, y en el artículo segundo ordena la suspensión del cargo del cabildo gobernador del mencionado

afectado señor Gaitán Yavima, suspensión que regía a partir del 7 de mayo de 2008, y posteriormente acepta como nuevo cabildo gobernador a MIGUEL ANGEL MELO GAITÁN, a quien posesiona el 8 de mayo del mismo año, según el acta que aparece firmada por solo 3 de los capitanes. Posteriormente al evidenciar el acto contrario a derecho proferido por él emite la resolución No, 125 del 3 de junio de 2008, dejando sin efectos la resolución 077 y devolviendo el cargo al señor Gaitán Yavima.”

Entonces, de acuerdo a los términos de la acusación, que no se modificaron en la audiencia de formulación celebrada el 18 de junio de 2010, en el curso de la cual la Fiscalía se limitó estrictamente a leer el escrito respectivo, al procesado ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ se le acusó como presunto autor de un concurso homogéneo de prevaricatos por acción, porque emitió “dos” actos administrativos “contrarios a derecho sin estar facultado para ello”, sin especificación del derecho contrariado, siendo claro, únicamente, que lo hizo “sin estar facultado para ello”.

De la forma en que se consignaron los hechos y la imputación jurídica, surge claro para la Corte que la acusación evidencia dos problemas trascendentales. De un lado, la indeterminación de la ley que se dice contrariada con las resoluciones que se acusan de prevaricadoras; y, de otro, la falta de especificación de los actos administrativos que se reputan contrarios a derecho, pues mientras en el acápite de los hechos se especifican tres, en la imputación jurídica sólo se advierte de un concurso homogéneo de dos prevaricatos, sin conocerse cuál de los actos administrativos enunciados en los hechos se excluyó de la acusación.

En la sentencia impugnada los vacíos destacados se llenaron en contra del procesado. De un lado, la falta de especificación de los “dos” actos administrativos que se consideraron contrarios a derecho, llevó al juzgador de segunda instancia, a calificar como tales los tres enunciados en los hechos, como se lee en los

siguientes apartados del fallo en cuestión:

“(...) aunque es cierto que aun cuando la imputación jurídica contenida en el acto procesal de la formulación de cargos en audiencia preliminar no es vinculante frente a otros ulteriores estadios, si lo es que la fáctica debe respetarse hasta el momento definitivo de la actuación, situación que en este caso concreto se avizora respetado, bajo el entendido que se han aludido como hechos el proferimiento contrario a la ley de la Resolución No. 077 del 7 de mayo de 2008, a través del cual el señor Alcalde Municipal de Cumaribo-Vichada, ordenó la suspensión del señor Guillermo Gaitán Yavima, como Cabildo Gobernador del resguardo indígena “Muco Guarrojo”, así como de la acta (sic) de posesión del señor Miguel Ángel Melo Gaitán, en su reemplazo, y también se ha hecho acotación a la Resolución No. 125 del 3 de junio de 2008, como un acto administrativo proferido en consecuencia de la conducta al margen de la ley desplegada por el señor ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ...”

La inclusión de los tres actos administrativos como objeto del prevaricato quedó completamente clara cuando, después de señalar que no se controvierte la calidad de funcionario público que ostentaba GÓMEZ GONZÁLEZ al momento de los hechos, ni la expedición de las resoluciones que se tachan de prevaricadoras, el Tribunal destaca que la discusión se relega entonces a establecer si “...la resolución No. 077 del 7 de mayo de 2008, el acta de posesión del 8 del mismo mes y año, y la posterior Resolución No. 125 del 3 de junio de 2008, sean o no, decisiones manifiestamente contrarias a la ley, como para que se satisfaga en este caso, la adecuación típica de la conducta punible.”

De otro lado, la omisión sobre los preceptos legales supuestamente desconocidos por el burgomaestre cuando profirió los actos administrativos referenciados, se llenó, en el fallo de primera instancia, acudiendo a “información tomada de la oficina de asuntos indígenas de la Gobernación Departamental de Vichada...”², de acuerdo con la

cual:

“(...) el resguardo indígena Muco Guarrojo está conformado por 33 comunidades indígenas de etnias “sikuani” y “piapoco”, con una población aproximada de 1484 habitantes, ubicada entre las márgenes del río Muco, río Guarrojo y la inspección de Guanape, con una extensión de aproximadamente de 84.000 hectáreas, cada comunidad es representada por un capitán quien es elegido por sus habitantes para representarlos y dirigirlos. El proceso de nombramiento o revocatoria del Cabildo Gobernador, según sus usos y costumbres, es por decisión o elección popular, donde participan los capitanes (33 aproximadamente) y se realiza mediante una asamblea general donde pueden elegir un miembro de la misma junta o a otro indígena de la comunidad, quien tomará posesión ante la Alcaldía Municipal, en este evento la de Cumaribo, Vichada. El período de gobierno del Cabildo Gobernador indígena depende, entre otros, de su gestión y manejo de los recursos.”

Información que sirvió de sustento al Juzgado de primera instancia para concluir que al proferir los actos administrativos cuestionados, el entonces Alcalde ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ actuó arbitraria e ilegalmente, “en dirección al desconocimiento de los usos, costumbres y ritos ancestrales...respecto del procedimiento de suspensión y elección del cabildo gobernador que, como se dijo, corresponde a la Asamblea integrada por la totalidad de los capitanes que componen la susodicha comunidad ‘Muco Guarrojo’, y no a la discrecionalidad del imputado, o a un número inferior de representantes de esa colectividad.” 3

Según el fallo, el Alcalde procesado “no estaba revestido de esa potestad ancestral que sólo recae en la Asamblea formada -se repite- por todos los capitanes, en tanto que la única intervención de la administración local en un asunto de tal naturaleza, es la de materializar la voluntad de la comunidad dando posesión al Cabildo Gobernador elegido según sus tradiciones...”4

Las anteriores conclusiones fueron avaladas en el fallo de segunda instancia, en el cual se afirma que los actos administrativos proferidos por el Alcalde procesado, “se apartaron de los preceptos constitucionales y legales dictados no sólo sobre la independencia y autonomía de que gozan los pueblos indígenas colombianos en cuanto al ejercicio de sus funciones jurisdiccionales sino además, concretamente, frente a sus usos y costumbres, según los cuales eligen a sus gobernantes, así como emerge de su exclusiva competencia revocar, suspender o destituir a sus autoridades.”⁵

Además, se cuestiona al burgomaestre por no respetar “las tradiciones frente a la elección y revocación de dichos nombramientos, y más a la facultad e independencia que tienen estos pueblos para dichos efectos”, aspectos que se dice, debía conocer GÓMEZ GONZALEZ no sólo porque pertenecía a otro resguardo indígena -el de Rio Tomo Beveri-, sino además porque era miembro activo del movimiento político AICO, integrado por la mayor población indígena del país.

La realidad procesal aquí reseñada, advierte que nunca la Fiscalía, y menos los jueces de instancia, pudieron precisar cómo el procesado ejecutó la conducta punible que se le endilga y, en particular, cuáles fueron los actos prevaricadores y las normas que se supone fueron desconocidas o pasadas por alto por el burgomaestre.

Si la jurisprudencia de esta Corte tiene suficientemente decantado que la locución “manifiestamente contraria a la ley” es un elemento normativo del tipo, que no sólo impone la verificación de un cotejo entre el contenido de la resolución o dictamen y la ley, en orden a establecer su contradicción, sino también la verificación de que esa disonancia es de tal magnitud que revela el capricho o el interés particular, con desprecio del derecho aplicable⁶, resulta lógico sostener que para una correcta, completa y clara definición de responsabilidad penal, es necesaria la concreción del derecho violado o desconocido, siendo inadmisibles aquellas afirmaciones generales que se limitan a ratificar el supuesto normativo, sin concretarlo.

Y aunque en la acusación se consigna que al emitir los dos actos contrarios a derecho el procesado no estaba “facultado para ello”, elemento ampliamente admitido en el fallo condenatorio cuando concluye que “el Alcalde no estaba revestido de esa potestad ancestral que sólo recae en la asamblea formada -se repite- por todos los capitanes, en tanto que, la única intervención de la administración local en un asunto de tal naturaleza, es la de materializar la voluntad de la comunidad dando posesión al Cabildo Gobernador elegido según sus tradiciones...”⁷, se advierte que ese supuesto fáctico -falta de competencia-, por sí solo no llena el vacío observado sobre el elemento normativo del tipo imputado, conduciendo, en cambio, a una confusión sobre la naturaleza del delito atribuido, porque si se considera que el elemento generador de la acción típica estuvo determinado por la indebida asunción de competencia para decidir asuntos que le estaban vedados, lo que podría configurarse es un abuso de función pública (artículo 428 del Código Penal), caso en el cual no era menester indagar por la ilegalidad de la actuación, por cuanto esta viene involucrada en la falta de competencia, según lo reiteró la Sala en reciente pronunciamiento:

“La Corte ha admitido, en hipótesis similar a la que se estudia (abuso de función pública), que, para estos casos, no es menester indagar por la legalidad de la actuación, la que podría conllevar al delito de prevaricato, sino que basta con establecer que el servidor no tenía competencia, y, no es preciso indagar por la ilegalidad por cuanto esta viene involucrada en la falta de competencia, en tanto, quien actúa por fuera de los límites de su competencia lo hace contrariando la ley, que es justamente la que le asigna esas competencias funcionales. No puede olvidarse que al funcionario o servidor público, sólo le es dable hacer lo que la ley expresamente le prescribe o le faculta, de allí que el artículo 122 superior señale con claridad que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento.”

Precisamente esa indeterminación llevó a la Fiscalía Delegada ante la Corte a sostener en su intervención en la audiencia de sustentación del recurso de casación, que hubo

un equívoco en la escogencia del tipo penal, porque si al Alcalde procesado se le reprocha el “salirse de la orbita de sus funciones” al tomar las decisiones contenidas en los actos administrativos por los que se le cuestiona, lo que hizo fue invadir una competencia que no era suya, asumiendo una función ajena, comportamiento que no se corresponde con el delito de prevaricato, sino con un posible abuso de la función pública, que nunca se examinó.

Ahora, si la fiscalía no pudo determinar en la resolución de acusación, ni mucho menos en el alegato de cierre del juicio oral –que destinó la parte acusatoria a verificar, no la existencia del delito examinado, sino una supuesta usurpación de funciones, entiende la Sala-, cuál es la norma o normas específicas que desatendió de forma manifiesta el acusado, para la Sala está claro que el tipo penal de prevaricato por acción, en lo que corresponde al elemento normativo echado de menos, no puede suplirse, como lo hacen las instancias falladoras y lo reitera la Procuradora en su concepto ante la Corte, con la remisión a los “usos y costumbres” del pueblo indígena supuestamente desfavorecido con las decisiones, pues, una tal postura pasa por alto lo evidente: Que el funcionario acusado funge dentro de las normas ordinarias y para su cumplimiento fue investido en el acto de su nombramiento.

Entonces, si la actuación del procesado obedece a la Constitución y leyes ordinarias del país, mal puede decirse que incurrió en el delito de prevaricato porque incumplió con normas ajenas a aquella que juró respetar al momento de la posesión.

Cosa distinta es que dentro de sus funciones se halle o no la labor de posesionar dignatarios de un pueblo indígena, dado que, sobra anotar, esa función le es directamente atribuida al acusado por la normatividad general establecida para el común de los funcionarios del rango del procesado.

En consecuencia, la omisión del acusador, dejando de lado su trascendencia en punto

del derecho de defensa, no podía suplirse por las instancias con soportes argumentales contrarios al delito objeto de acusación y, en concreto, al elemento normativo que debe nutrirlo.

Ello por cuanto, se reitera, si se dijera que las dos resoluciones y el acto administrativo de posesión realizados por el procesado, efectivamente son contrarias a derecho, indispensablemente debió concretarse cuál es la norma o normas, dentro del espectro que regula la labor de los funcionarios públicos sometidos a la Constitución y la ley ordinaria, que pasó por alto o vulneró éste.

En estricto sentido, si se tiene claro que la acusación formulada por la Fiscalía reclama de demostración a través de la prueba practicada en el juicio oral; y si además se acepta incontrovertible la necesidad de cubrir el tipo penal en toda su extensión para efectos de advertir responsabilidad penal, la conclusión obvia es que el ente acusador no cumplió con su obligación, en cuanto teoría del caso insustituible, de demostrar probatoria y argumentalmente que el funcionario municipal efectivamente emitió resolución manifiestamente contraria a la ley.

Y los jueces de ambas instancias desbordaron ampliamente sus funciones cuando sin mayores elementos de juicio, traspasando lo que fáctica y jurídicamente delimitó la Fiscalía, introdujeron, para cubrir la exigencia del tipo penal, una suerte de normativa no solo desconocida hasta ese momento, sino completamente ajena a lo que como funcionario competía respetar al acusado.

Para la Sala se observa evidente que la única decisión pasible de tomar por los jueces, dado que la Fiscalía jamás demostró que el procesado cometió el delito de prevaricato, atendida la falta absoluta del referente normativo ineludible consagrado en el tipo penal, era la de emitir la absolución, ya que no se cubren los presupuestos que para condenar establece el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Asiste toda la razón al demandante, entonces, cuando en el cargo planteado en la demanda de casación, afirma que la sustentación del delito de prevaricato es “abstracta y general”, porque nunca se precisa cuál es el ordenamiento constitucional o legal violado o desconocido por su representado.

Incurrieron los falladores, así, en ostensible violación directa de la ley sustancial cuando introdujeron como componente del tipo penal de prevaricato, un ingrediente ajeno al normativo demandado por este, que corresponde, como ya se anotó, a señalar que se pasaron por alto los usos y costumbres de los pueblos indígenas, o mejor, que se usurparon las facultades de sus organizaciones o autoridades, en manifestación que, tal cual afirmó el Fiscal Delegado ante la Corte, cuando más puede representar un delito de usurpación de funciones jamás investigado, ni mucho menos objeto de acusación.

Consecuente con la anterior argumentación, la Sala casará el fallo impugnado para absolver al procesado del cargo formulado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CASAR la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio el 20 de marzo de 2012, por medio de la cual se confirmó la condena impuesta al procesado ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ como autor de prevaricato por acción, en concurso homogéneo.
2. ABSOLVER a ALDEMAR GÓMEZ GONZÁLEZ de los cargos formulados por al Fiscalía General de la Nación en el presente caso. A su favor, en consecuencia, se cancelarán las medidas restrictivas que recayeren en su contra.

Contra esta decisión no procede recurso alguno

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO A. CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Sentencia de segunda instancia del 11 de diciembre de 2003, radicado 19547. En el mismo sentido sentencia de 5 de mayo de 2007, radicado 25766.

2 Ver la nota pie de página No. 5 del fallo.

3 Página 7 del fallo de primera instancia.

4 Página 8 ibídem

5 Página 8 del fallo de segunda instancia

6 Ver, entre otras decisiones, sentencia del 1 de noviembre de 2007, radicado No. 28.464

7 Página 8 del fallo de primera instancia.