

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LOS DELITOS DE PREVARICATO, ABUSO DE AUTORIDAD Y USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS

En los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, el sujeto agente obra dentro de su competencia funcional, pero emite actos contrarios a la ley; en la usurpación de funciones públicas el sujeto activo, sea un particular o un empleado oficial, invaden la competencia funcional de un empleado oficial.

El tipo penal que describe el abuso de autoridad es norma subsidiaria, porque sólo tiene aplicación cuando la conducta no se puede enmarcar dentro de la figura del prevaricato; en el abuso de autoridad no se requiere que el acto del funcionario sea manifiestamente contrario a la ley, como se exige en el prevaricato

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., 22 de abril de 1982.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 23 de abril 15 de 1982.

Vistos

Cumplido el rito procesal pertinente en este juicio, procederá la Sala a emitir la sentencia que en derecho corresponda.

Hechos

En horas de la madrugada del 26 de junio de 1979 miembros de la Policía Nacional al mando del sargento Luis Delgado Sandoval, decomisaron en Valledupar a la señora Olga Uhía de Pitre una camioneta sin placas, marca Dodge de color rojo, modelo 1979, junto con variada mercancía que transportaba en ella, por considerar que eran de contrabando; vehículo y mercancía fueron puestos a órdenes de la Gobernación, cuyo titular señor José Guillermo Castro Castro a solicitud de la interesada, dispuso mediante resolución que le fueran devueltas, como en efecto se hizo.

Resultandos

Los que se refieren a la etapa sumarial de este proceso fueron presentados así en el auto de

1. "El sargento Luis Delgado Sandoval, en informe rendido a su comandante; señala que hacia las 4.30 de la mañana del 26 de junio de 1979, fueron decomisadas una camioneta de color rojo sin placas con la mercancía que en ella se encontraba, al parecer de contrabando, por cuanto la señora Olga Uhía de Pitre que afirmó ser su propietaria no presentó documentos que comprobaran tal hecho (Fl. 5, anexo 5); más tarde en declaración jurada dentro de este sumario, ratifica lo manifestado en su informe cuya autenticidad reconoce; aclara que no se enteró de la naturaleza de los artículos que transportaba la camioneta, pero que eran procedentes de Maicao (Fls. 170/2).

2. "La señora Olga Uhía de Pitre da cuenta del citado decomiso, pero enfatiza que la camioneta era de su propiedad por haberla comprado con financiación en 'Auto Cesar', reconoce que no tenía placas, pero portaba tránsito libre y asevera que transportaba un mercado de artículos adquiridos en la misma ciudad de Valledupar; admite que entre los objetos que le decomisaron había cigarrillos 'Marlboro' y whisky sin estampillar; y reconoce como suya fotocopia de una solicitud hecha al Gobernador Castro Castro para la devolución del vehículo y de la mercancía decomisados (Fls. 31/6).

3. "Reposan en autos en fotocopias auténticas los siguientes documentos que tienen directa relación con los hechos investigados:



"a) Informe del Comandante del Primer Distrito de Policía de Valledupar al Comandante del Departamento de Policía del Cesar, sobre el decomiso de vehículo y mercancía de la señora Olga Uhía de Pitre, así como de su retención (Fl. 4, anexo 5);

"b) Informe del sargento Luis Sandoval Delgado del 26 de junio de 1979, sobre decomiso de los mismos vehículo y mercancía precedentes (Fl. 5, anexo 5);

"c) Inventario de la mercancía decomisada a la señora Olga Uhía de Pitre (artículos alimenticios y del hogar, así como diez cajas de cigarrillos 'Marlboro' y una caja de khisky 'Old Parr') y entrega al almacén departamental, junto con el vehículo preindicado (Fls. 6 y 7, anexo 5);

"d) Inventario del carro decomisado, camioneta Dodge, modelo 1979 sin placas, de color rojo y motor número T-924013-C-13, de la Serie DT-924013 y entrega a la almacenista general del Departamento (Fl. 8, anexo 5);

"e) Solicitud hecha por la señora Olga Uhía de Pitre al señor Gobernador Castro Castro el 2 de julio de 1979 para que 'se sirva ordenar que me sea entregada una camioneta de mi propiedad marca Dodge, color rojo y la mercancía representada en víveres que transportaba en dicho vehículo (Fl. 10, anexo 5);

"f) Factura de fecha '06, XXI de 1979', sin membrete de almacén alguno y sin número, que relaciona la mercancía decomisada y señala precios (Fl. 11, anexo 5);

"g) Resolución del Gobernador Castro Castro de fecha 2 de julio de 1979, cuya parte pertinente dice: 'Este Despacho considerando que estos hechos (decomiso de vehículo y mercancía a la señora Olga Uhía de Pitre), no encuadran dentro de ninguna de las conductas tipificadas como contravención en el Decreto 2144 de 1978 y que los elementos decomisados no constituyen contrabando por haber sido adquiridas legalmente en la ciudad de Maicao, según facturas allegadas por la interesada, ordena restituir a su propietaria la mercancía que le fue decomisada y el vehículo Dodge color rojo'. Comuníquese y cúmplase. José Guillermo Castro Castro —Gobernador del Departamento—, Gustavo Cotes Fernández —Secretario General— (Fl. 12, anexo 5);

"h) Oficio del mismo 2 de julio, dirigido por el Gobernador Castro Castro a la señora Lucila de Pimiento, Jefe del almacén departamental en el que le comunica que 'este despacho mediante auto de la fecha ordenó la restitución a la señora

Olga Uhía de Pitre, de la mercancía de su propiedad que le fue decomisada y la cual se encuentra en el almacén departamental a órdenes de la Gobernación. Sírvase proceder a lo ordenado. Atentamente, José Guillermo Castro Castro —Gobernador del Departamento—' (Fl. 13, anexo 5);

"i) Constancia suscrita por la señora Lucila de Pimiento, en su condición de Almacenista General del Departamento en la que expresa que 'entregué por orden del señor Gobernador, la mercancía que le fue retenida a la señora Olga Uhía de Pitre, el día 27 de junio junto con vehículo también decomisado'. En este mismo documento aparece un 'recibi' y bajo él la firma de Olga Uhía de Pitre (Fl. 14, anexo 5).

4. "La señora Lucila de Pimiento reconoce que en su calidad de Almacenista General del Departamento recibió la mercancía y el vehículo decomisados a Olga Uhía de Pitre conforme el inventario visible a folios 6 y 7 del cuaderno 2 (anexo 5); manifiesta que devolvió carro y mercancía a la señora de Pitre por orden del Gobernador Castro Castro y conforme a la certificación cuya fotocopia se le presentó (Fl. 14, anexo 5); y declara que entre los objetos devueltos a la señora de Pitre estaban algunas cajas de cigarrillos 'Marlboro' y de whisky 'Old Parr', unas y otra sin estampillar (Fls. 24/5).

5. "En diligencia de indagatoria el procesado reconoce haber dispuesto en providencia oficial la devolución de una camioneta y de una mercancía de la señora Olga Uhía de Pitre a solicitud suya, porque consideró 'que la mercancía no era de contrabando' dado que se puede conseguir en Valledupar y porque el vehículo fue comprado en 'Auto Cesar'; acepta como dictada y suscrita por él la resolución pertinente (Fl. 12, anexo 5); en cuanto a los cigarrillos y al whisky decomisados a la misma persona dice: 'ordené como siempre he ordenado que fueran confiscados para rematarlo por el Departamento', porque 'al no estar estampillados consideré que eran de contrabando'; al preguntársele por qué razón en el oficio en que ordenó a la Almacenista la entrega de la mercancía decomisada no hizo excepción de los cigarrillos extranjeros y el whisky, contestó: 'Sencillamente porque esta oficina depende de la Secretaría de Hacienda del Departamento que es la supervisora de esa oficina, del Almacén Departamental, corrijo, es Jefe del Almacén Departamental, entonces el señor Secretario de Hacienda, corrijo, con la seguridad de que el Secretario de Hacienda no dejaría de ninguna manera salir mercancía de licor o cigarrillos supuestamente de contrabando si no estaban estam-



pillados, haciendo cumplir las órdenes terminantes mías'; agrega luego que el Código Fiscal (sic) del Departamento autoriza la confiscación y venta en pública subasta de whisky y cigarrillos presuntamente de contrabando, por eso 'la razón de haber incautado la caja de whisky y los cigarrillos de que trata la factura que me mostraron' (Fls. 146/51).

6. "El Secretario de Hacienda Departamental declara, sin embargo, que en relación con la mercancía decomisada a la señora de Pitre en el mes de junio de 1979 'el Juzgado de Rentas y la Secretaría a mi cargo desconocen quién autorizó la entrega de dicha mercancía junto con su vehículo ya que dicho proceso no se adelantó en esa oficina y entiendo que dicho acto se realizó entre la Oficina Jurídica del Departamento y el Despacho del Gobernador' (Fl. 185).

7. "La calidad de Gobernador que ostentaba el sindicado en la época de los hechos está debidamente acreditada con prueba documental de su nombramiento, posesión y ejercicio del cargo (Fls. 81/82 y 355).

8. "En providencia del 26 de febrero de 1981, esta Corporación llamó a juicio al ex Gobernador Castro Castro por el delito de prevaricato.

9. "Durante la etapa del juicio se practicaron varias diligencias: entre ellas merecen destacarse las siguientes:

"a) Declaración del doctor Alfonso López Vásquez, Secretario de Gobierno del Departamento del Cesar y encargado de la Gobernación cuando la Policía envió el informe sobre decomiso de la mercancía a Olga Uhía de Pitre (Fls. 31/41, cuaderno 3);

"b) Declaración de Gustavo Cotes Fernández, Secretario General de la Gobernación del Cesar y encargado de la Secretaría de Gobierno durante el mismo lapso en que lo estuvo de la Gobernación el doctor López (Fls. 14/23, cuaderno 3);

"c) Nueva declaración del doctor Dagoberto Rojas, Secretario Departamental de Hacienda (Fls. 43/51, cuaderno 3);

"d) Declaración de Crisanto Martínez Niego, visitador fiscal de la Contraloría del mismo Departamento y quien realizara el avalúo de la mercancía decomisada a la señora de Pitre (Fls. 52/6, cuaderno 3);

"e) Declaración del Coronel Daniel Guillermo Gaitán Higuera, quien fuera Comandante de ac...

y cuya separación del cargo se ha relacionado con discrepancias surgidas durante su ejercicio con el ex Gobernador Castro Castro (Fls. 50/70, cuaderno 4);

"f) Declaración del Mayor Rafael Eduardo Forero Torres, Subcomandante del Departamento de Policía del Cesar y quien suscribió el oficio que puso a órdenes del ex Gobernador Castro Castro, la mercancía decomisada a la señora de Pitre (Fls. 73/81, cuaderno 4).

10. "Durante la diligencia de audiencia pública, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicitó pronunciamiento condenatorio para el acusado al considerar que están reunidos los requisitos legales que permiten señalarlo como responsable del delito de prevaricato por el cual fue llamado a juicio; en el resumen escrito de su intervención, ratifica el pedimento.

11. "En el curso de esa misma diligencia el defensor del procesado, examinó prolijamente el material probatorio y como resultado de dicho examen sostuvo la inocencia de su patrocinado fundado en el hecho de que durante la investigación adelantada para determinar la situación jurídica de la señora de Pitre en razón de la mercancía decomisada, quien actuó fue el doctor Alfonso López Vásquez como Gobernador encargado, por lo que el señor Castro Castro no puede ser considerado como autor del delito que se le imputa; también alegó en su favor, ausencia de dolo. En el resumen escrito de su intervención precisa que la norma aplicable al caso no es el artículo 168 del Código Penal —a su juicio inexistente— sino el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, y luego de nuevo examen de la expresión 'a sabiendas' que éste emplea, reitera su petición de inocencia para el encausado".

Consideraciones de la Corte.

Como se deja dicho en la parte motiva de esta providencia, la Corte abrió causa criminal contra el ex Gobernador José Guillermo Castro Castro, por el delito de prevaricato, ubicando los hechos en el artículo 168 del Código Penal de 1935, vigente a la época de los mismos y mencionando también, en la parte resolutive de la providencia vocatoria a juicio, fechada a 26 de febrero de 1981, el artículo 149 del nuevo ordenamiento de las penas (Decreto 100 de 1980), lo que hizo por motivos de favorabilidad ya que este estatuto consigna en el tipo del delito mencionado, la exigencia de que la resolución o el dictamen hayan de ser "manifiestamente contrarios a la ley", requisito que no contaría el Código anterior.



Ocurre, empero, que tras prolijo análisis de los hechos llevado a cabo en la Sala Penal con motivo del estudio de la ponencia presentada a la consideración de la misma para decidir, en única instancia, del proceso, una vez verificada, como se consigna en la parte narrativa de los hechos en la presente sentencia, la audiencia pública y recibidos los alegatos de las partes, se ha llegado a la conclusión de que existió error en la denominación jurídica de la infracción por considerar que correspondía a una modalidad de prevaricato y que se encontraba encuadrada en las disposiciones que se citan arriba, no siendo ello así, según lo estima ahora la Sala por cuanto los hechos que se atribuyen al ex Gobernador Castro Castro, si bien ejecutados en su carácter oficial, no solo excedieron sus atribuciones, sino que penetraron en una órbita oficial atribuida a otros funcionarios, más precisamente a la jurisdicción penal aduanera.

En efecto, el Decreto 2144 de 1978, en que el procesado fundamentó la providencia en la cual se dijo habíase cometido el prevaricato y que es la misma que sirve ahora de base a estas consideraciones, se limita a otorgar competencia a los Gobernadores, Intendentes y Comisarios para sancionar a quien "transporte mercancías sin las guías de tránsito o documentos exigidos por las leyes o reglamentos, o a quien transporta mercancía de uso prohibido" (Art. 1º, literal a), No. 1).

Se refiere esta norma a quienes transportan mercancías sin la correspondiente guía de tránsito, exigida por el artículo 10 del Decreto 129 de 1977 o sin la planilla única de carga que manda llevar el artículo 1º del Acuerdo 199 de 1972. O bien a aquellos que transportan estupefacientes o armas de uso restringido a las Fuerzas Armadas.

Pero en ningún caso esas normas autorizan, como se deja dicho, a los Gobernadores para resolver sobre si el transporte de tales cosas constituyen o no contrabando, cuestión, como se deja también advertido, que las leyes reservan, en forma exclusiva, a la justicia aduanera de acuerdo con lo dispuesto por los Decretos 955 de 1970, 520 de 1971 y por la Ley 21 de 1977.

Apartándose de las normas que se acaban de citar e invadiendo, según se dijo atrás, la órbita de la jurisdicción penal aduanera, el ex Gobernador Castro Castro, no solo calificó los artículos decomisados como no provenientes de contrabando "por haber sido adquiridos legalmente en la ciudad de Maicao", según se dijo en la resolución

ameritada, sino que ordenó entregarlos a la mencionada persona lo mismo que el vehículo en que eran transportados.

En el auto de llamamiento a juicio se expresó que el hecho en cuestión configuraba el delito de prevaricato, resultando la Sala el aspecto de la conducta consistente en que ella rebasaba las facultades funcionales del procesado y de que éste conocía tal cosa.

Pero no entró la Sala en el análisis de si esa conducta no solo excedía la competencia del procesado sino que, al mismo tiempo, invadía la de otros funcionarios ni, en caso afirmativo, cuáles fueran las consecuencias penales de esa invasión.

Es decir, no paró mientes en el fenómeno de la usurpación de funciones que ahora se ofrece a su consideración al llegarse el momento de proferir sentencia que ponga fin a la instancia, teniendo en cuenta decisiones pronunciadas por ella en asuntos semejantes y en las que se había orientado en forma diferente el criterio de la Corte.

En efecto, ésta se ha preocupado, con anterioridad, en deslindar el ámbito jurídico correspondiente a los delitos de prevaricato, abuso de autoridad y usurpación de funciones, cuyas líneas divisorias han aparecido, hasta ahora, bastante vagas en la doctrina.

Fue así como en sentencias de veintidós (22) de junio de 1978 y cuatro (4) de abril de 1979, esta Sala rectificó afirmaciones contenidas en providencias anteriores y de las cuales aparecía no ser delito la usurpación de funciones que contemplaba el anterior Código Penal (1936) en el artículo 182, cuando la conducta allí descrita era ejecutada por un funcionario público por considerarse que el sujeto activo de ese ilícito solo podía ser el particular creyéndose que la única forma posible de la ilicitud en mención era la consistente en la suposición de títulos o facultades públicas o la simulación de empleo en el sector oficial, en fin, en hacerse pasar por empleado o funcionario público no siéndolo, pero sin aceptar que un funcionario público pudiera invadir la órbita de la competencia de otro ni pensar, tampoco, que, en este último caso dicho funcionario obra como un simple particular.

En las providencias primeramente mencionadas, esta Sala retiró su afirmación de que cuando un funcionario público ejerce funciones que no tiene, no comete el delito de abuso de autoridad sino el de usurpación de funciones, "pues es claro, dijo la Corte en la primera de esas deci-



siones, que el abuso de autoridad debe producirse dentro del límite u órbita de las funciones del sujeto activo o excediéndose en el ejercicio de ellas...".

En la presente oportunidad la Sala reitera ese criterio, convencida de su validez y de ahí que se vea obligada, como se dijo al comienzo de la parte motiva de esta providencia, a reconocer que hubo, en el auto vocatorio a juicio, error en la denominación jurídica del delito, y a declarar, en consecuencia, nulo lo actuado a partir de esta providencia, inclusive.

Debiose ese error a la dificultad que existe para establecer un alinderamiento preciso entre los delitos de abuso de autoridad, prevaricato y usurpación 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.

En ninguno de los tres, por supuesto, el agente está autorizado por hacer u omitir, lo que significa que su conducta es indebida por carencia de atribuciones.

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 quién lo ejecute.

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

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" (Ricci, *delitti contro la pubblica amministrazione*).

De otro lado, la diferencia entre el 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.

Vale decir, en sustancia ambos ilícitos vienen a ser abusos de poder, pero mientras en el prevaricato se exige, sobre todo en el nuevo Código Penal (Art. 149) que el acto se aparte ostensiblemente de la ley, tal cosa no es necesaria en el abuso de autoridad.

El Código anterior (1936), en verdad, no hacía esa exigencia expresamente, pero la doctrina así lo consideraba. Porque había un ingrediente subjetivo de gran importancia que era el elemento "a sabiendas" que se interpretaba como una especial conciencia de la ilicitud del acto, lo cual presuponia que éste debía ser notoriamente contrario a la ley.

En el nuevo Código, esa exigencia está expresada en la locución "manifiestamente contrarias" que emplea la norma citada, lo que significa que, para que exista el prevaricato, no basta cualquier acto abusivo, sino uno que de ninguna manera pueda considerarse autorizado por la ley.

Tanto el Código anterior como el actual exigen, además, en el abuso de autoridad, que el acto abusivo sea "arbitrario o injusto".

No es fácil diferenciar estas dos nociones. Según la teoría más aceptada, el acto arbitrario requiere un ingrediente subjetivo que no tiene el acto injusto.

Algún autor (Spizueco), define el acto arbitrario diciendo que "consiste en la actitud psíquica de quien voluntaria y conscientemente sustituye el propio capricho y los propios fines personales a la voluntad de la ley y al interés público". (La Reazione agli Atti Arbitrari del Pubblico Ufficiale nel Diritto Penale, Pg. 78).

Lo injusto es simplemente lo contrario al derecho y la noción, así, es más amplia que la de acto arbitrario ya que no requiere ninguna finalidad específica.

El anterior Código Penal exigía (Art. 182), que el sujeto activo ejerciera "sin autorización legal" funciones públicas de cualquier clase. Esta exigencia podía predicarse tanto del particular que asumía un cargo público, sin investidura, como del funcionario que ejercía funciones atribuidas a otra.



Durante mucho tiempo la Corte consideró que no podía ser sujeto activo de este ilícito un funcionario público y aun llegó a expresar que cuando un funcionario invadía la órbita de otro, tal hecho no podría ser considerado como delito.

La doctrina de otros países, principalmente Italia, ha estimado que el funcionario público, cuando usurpa funciones, debe ser considerado como un simple particular.

Pero aceptaba como sujeto activo al funcionario público.

El nuevo Código Penal Colombiano zanjó las dudas que pudiera haber sobre el paso sancionando, en una disposición especial (Art. 162, C. P.), al empleado oficial que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le corresponden.

En realidad esa norma debe ser interpretada en el sentido, ya expresado, de que el abuso del cargo es simplemente abuso de investidura, es decir que, como se dijo atrás, debe tratarse de un acto funcional, no de uno, que el funcionario pudiera ejecutar como simple particular.

Para ilustrar este aspecto del ilícito, Soler se ha valido de un caso juzgado por la casación italiana que dijo no haberse cometido este delito por un particular que quiso entrar a un espectáculo haciéndose pasar por agente de seguridad (Riccio 593, nota 9).

Por lo que hace al elemento subjetivo de este delito se necesita que el sujeto activo se dé cuenta de que está usurpando jurisdicción que no le corresponde, o sea, en otras palabras, que esté ejecutando un acto funcional sin hallarse autorizado para ello. Es decir, se necesita el conocimiento y la voluntad de la usurpación.

Aplicando estas nociones al caso de autos se tiene que el ex Gobernador Castro Castro, al calificar en la forma como lo hizo la acción de la señora Uhía de Pitre y ordenar devolverle los artículos decomisados y el vehículo en que los transportaba, invadió la órbita de la justicia penal aduanera que es la competente para hacer esas calificaciones y, tomar tales medidas.

Lo que significa que, habiéndose llamado a juicio por el delito de prevaricato cuando debió hacerse por el de usurpación de funciones, se debe, tal como se ha advertido repetidas veces en el curso de esta providencia, declarar nulo lo actuado desde el auto en que tal cosa se hizo inclusive, en adelante para que se reponga lo actuado desde entonces.

En providencia separada se calificará nuevamente el mérito del sumario para lo cual habrá de ordenarse que, una vez ejecutoriada la presente, vuelva el proceso a despacho.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—,

Resuelve

DECLARAR NULO LO ACTUADO en el presente proceso a partir del auto de veintiséis (26) de febrero, por el cual se llamó a juicio al señor José Guillermo Castro Castro, inclusive y ordenar que se reponga, a partir de entonces, el proceso.

Una vez ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente a despacho para proveer.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Dante L. Fiorillo Porras, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Como Magistrado sustanciador de este proceso, presenté en su oportunidad ponencia de llamamiento a juicio por delito de prevaricato atribuible al ex Gobernador del Departamento del Cesar, señor José Guillermo Castro Castro, ponencia que la Sala aprobó por unanimidad. Culminada la etapa del juicio, elaboré un proyecto de sentencia condenatoria que, sometido a la consideración de mis compañeros de Sala, fue rechazado con la tesis de que hubo error en la denominación jurídica del delito por el cual se dictó auto de proceder, pues en concepto de la mayoría los hechos imputables el procesado no configuran prevaricato sino usurpación de funciones públicas.

Como no estoy de acuerdo con este nuevo enfoque de la situación jurídica del procesado, debo consignar las razones que me impulsan a separarme de la opinión de mis colegas.

Afirma la mayoría como tesis central que la diferencia fundamental entre los delitos de usurpación, abuso de autoridad y prevaricato radica en 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 ilícitamente, en el abuso de autoridad y en el prevaricato, ese acto es ilegal, no importa quien



lo ejecute". Pues bien, si se aplica esa tesis al caso sub judice habrá de concluirse precisamente que el delito imputable al procesado es el de prevaricato y no el de usurpación de funciones porque de acuerdo con la prueba aportada y, particularmente, con la propia confesión del sindicado éste, dispuso la entrega de una mercancía (cigarrillos y licor) de contrabando, determinación esa de ostensible ilegalidad, independientemente de que la hubiese tomado el procesado en su carácter de Gobernador o el Juez Penal Aduanero de Santa Marta, cuya función habría usurpado aquel conforme al criterio de la mayoría de la Sala.

Dice también la mayoría de la Sala que "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". Reconoce aquí la mayoría —y con razón— que puede cometer prevaricato el funcionario que se aparta en su decisión de los procedimientos legalmente señalados para llegar a ella (en este mismo sentido se pronunció la Corte en providencia de septiembre 6 de 1946, agosto 4 de 1953 y abril 21 de 1965). Pues bien, el procesado siendo competente conforme al Decreto 2144 de 1978 para investigar los hechos imputados a la señora Uhía de Pitre, incurrió sin embargo en muy serias irregularidades procesales en la tramitación previa a la resolución con que legalmente culmina esta clase de procesos administrativos. Sobre este punto decía la ponencia desechada por la mayoría: "La Resolución del 2 de julio de 1979 fue dictada por el procesado con violación del procedimiento que para tales casos establece el Decreto 2144 de 1978, fundamento legal de la misma. En efecto, el artículo 59 del citado estatuto establece:

1. Que 'el Gobernador, Intendente o Comisario adelantará personalmente la investigación o podrá comisionar al respectivo Secretario de Gobierno, para que actúe como funcionario instructor'.

2. Que 'se oirá en descargos al contraventor dentro de las 24 horas siguientes al conocimiento de los hechos, diligencia para la cual deberá estar asistido de un apoderado'.

3. Que 'a partir del día siguiente al de la diligencia descrita en el literal anterior, empezará a correr un término de 5 días para practicar pruebas que hubieren sido solicitadas

por el imputado, su apoderado o decretadas de oficio'.

4. Que 'transcurridos los anteriores términos el Gobernador, Intendente o Comisario dictará la correspondiente resolución escrita y motivada en la que se hará constar la identificación del contraventor y el hecho que se le imputa'."

Pues bien esta tramitación no se cumplió; solo consta que decomisados vehículo y mercancía, la señora de Pitre solicitó su devolución al Gobernador en escrito del 2 de julio de 1979 (Fl. 10, anexo 5) al que adjuntó copia del acta de decomiso y factura de la mercancía, y ese mismo día el sindicado dictó la resolución sub judice y emitió la orden de entrega de la mercancía (Fls. 12 y 13, anexo 5).

Preguntado sobre este aspecto de la cuestión el señor Cotes Fernández, comisionado para realizar la investigación correspondiente, apenas reconoce que elaboró el proyecto de resolución "basado en el informe escrito que remitió a la Secretaría de la Gobernación el señor Vicente Martínez, como visitador de la Contraloría", pero resulta que ese mal llamado informe se redujo a un simple avalúo de la mercancía decomisada, como lo indica aquel funcionario (Fl. 53, cdno. 4); y aunque Cotes afirma que además interrogó a la señora de Pitre, no hay constancia alguna de la práctica de dicha diligencia. Pero es que, ni siquiera el señor Cotes fue legalmente comisionado para instruir la investigación, ya que el propio Gobernador encargado, doctor López Vásquez reconoce que no dictó resolución alguna con tal finalidad (Fl. 32, cdno. 4). Pues bien, existiendo todas esas irregularidades, que el sindicado debió conocer, pues que sus dos inmediatos colaboradores se reunieron con él cuando le presentaron el proyecto de resolución para explicarle la situación, pese a ello insistiese, emitió la providencia cuestionada en los términos ya conocidos.

Como quiera que, por este aspecto se configura también delito de prevaricato —aún con la tesis de la mayoría, dado que aquí no se cuestiona el contenido mismo de la resolución, sino la violación de las normas procedimentales para llegar a ella— síguese que era correcta la decisión que en este sentido proponía mi ponencia.

Estas son, en esencia, las razones que fundamentan mi respetuoso disentimiento de la providencia mayoritaria.

Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

