

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado Acta No. 417

Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil doce (2012).

VISTOS

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la víctima y por la Fiscalía en contra de la sentencia absolutoria proferida el 15 de agosto de 2012 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en favor del doctor GILBERTO REYES DELGADO, Juez 15 Civil del Circuito de esta Ciudad, acusado de la comisión de los delitos de prevaricato por acción y tentativa de peculado por apropiación en beneficio de terceros.

HECHOS

1º. Mediante sentencia del 13 de junio de 2003 el Juzgado 9 Penal del Circuito Especializado de Bogotá declaró la extinción del derecho de dominio en favor de la Nación del inmueble ubicado en la calle 175 No. 22-10 de Bogotá e identificado con Matrícula Inmobiliaria 50N 20128023, el cual figuraba a nombre de José Gonzalo Rodríguez Gacha, decisión confirmada el 7 de octubre del mismo año por el Tribunal Superior de la misma ciudad.

2º. En el año 2009 la Dirección Nacional de Estupefacientes llevó a cabo un proceso de

selección para la venta del citado bien, producto del cual, el 8 de abril de 2010, suscribió contrato de promesa de compraventa con RECIBANC LTDA, firma seleccionada, por un valor de \$15.760'000.000,00, comprometiéndose a suscribir la escritura de venta 5 días después de la realización de la inspección ordenada en el proceso de pertenencia instaurado por José Emilio Garzón en el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá.

3º. El nuevo director de la DNE, argumentando que el valor comercial del inmueble era superior al pactado, “incumplió con lo estipulado en el contrato”¹ y emitió la Resolución No. 1763 del 25 de noviembre ordenando la devolución del dinero. Así mismo, instauró acción popular contra el avalúo catastral emitido por la Unidad Administrativa de Catastro Distrital, la cual le correspondió al Juzgado 17 Administrativo del Circuito de Bogotá, siendo admitido el libelo el 3 de febrero de 2011, pero negadas las medidas cautelares y la solicitud de exoneración de cumplir la promesa de compraventa.

4º. Simultáneamente, la DNE y la sociedad RECIBANC LTDA solicitaron ante la Procuraduría General de la Nación adelantar conciliación para agotar el requisito de procedibilidad, previo a instaurar demandas contra el proceso de selección y obtener la firma de la escritura, respectivamente.

5º. A continuación, RECIBANC LTDA instauró acción de tutela en contra la DNE con el propósito de obtener protección a sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la justicia, seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, presuntamente vulnerados, para lo cual solicitó ordenar a la parte demandada culminar el proceso de enajenación del inmueble y suscribir la correspondiente escritura de venta.

6º. La acción constitucional le correspondió al Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá, a cargo del doctor GILBERTO REYES DELGADO, quien concedió el amparo invocado mediante sentencia del 9 de agosto de 2011 ordenándole a la DNE, Fondo para la

Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (FRISCO), la suscripción de la escritura de venta del inmueble objeto de oferta. Así mismo, el 15 de agosto siguiente negó la aclaración del fallo solicitada por la parte demandada.

7º. El 8 de septiembre de 2011 la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá revocó la sentencia de tutela del Juzgado 15 Civil del Circuito y negó las pretensiones del accionante.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 12 de abril de 2012 la Fiscalía 5ª Delegada radicó ante el Tribunal Superior de Bogotá escrito de acusación en contra del doctor GILBERTO REYES DELGADO, Juez 15 Civil del Circuito, por los delitos de prevaricato por acción y tentativa de peculado por apropiación a favor de terceros.

Al día siguiente la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá asumió el conocimiento del proceso y fijó fecha para la audiencia de acusación, la cual se llevó a cabo el 15 de mayo; la diligencia preparatoria se surtió el 21 de junio y el juicio público se realizó el 18 de julio, siendo proferida la sentencia el 15 de agosto último.

SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal inicia su análisis rememorando las características del delito de prevaricato por acción, en particular, que la contrariedad de la decisión con la ley debe ser manifiesta, evidente, de forma que sin mayor esfuerzo se observe el capricho y la arbitrariedad, situación no configurada en los casos difíciles frente a los que puede existir más de una respuesta correcta.

En ese orden, sostiene, el requisito de procedibilidad de la acción de tutela referido a la inexistencia de otro medio de defensa judicial resulta sumamente problemático porque

no basta con su configuración formal, pues, además, se exige que el mecanismo sea apto y eficaz para evitar o remediar la afectación del derecho fundamental. Por ende, establecer la idoneidad del medio defensivo comporta efectuar valoraciones complejas.

Aún más, agrega, en la jurisprudencia constitucional² se encuentran múltiples eventos en los que se ha concedido el amparo a pesar de existir otros mecanismos de defensa judicial, de lo cual se deduce que la inviabilidad de la tutela en esos eventos no es absoluta.

En otro sentido, advera, el enjuiciado no usurpó las funciones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo porque actuó como juez constitucional, cuya competencia está atribuida a todos los jueces de la República.

Por ende, el doctor REYES DELGADO con base en la jurisprudencia constitucional sobre la viabilidad de la tutela frente a controversias contractuales referidas a actos administrativos preparatorios o de trámite, coligió la afectación del debido proceso administrativo por el acto unilateral de la DNE de devolver el precio y declarar la invalidez del contrato, pues el proceso de enajenación del inmueble había seguido las pautas del Decreto 1170 de 2008.

Además, para conceder el amparo el funcionario se apoyó en los motivos aducidos por el Juzgado 17 Administrativo para negar las medidas cautelares solicitadas, esto es, la impertinencia de aducir avalúos posteriores a la apertura del proceso de enajenación del bien. Así mismo, tuvo en cuenta el concepto de la Procuraduría General de la Nación, según el cual la actuación de la DNE podría comportar graves consecuencias para el patrimonio estatal

En ese contexto, afirma el Tribunal, la decisión del doctor REYES DELGADO no luce manifiestamente contraria a la ley aunque sí desacertada como lo manifestó la Sala Civil

de Tribunal al revocar el fallo de primera instancia. No obstante, el yerro no implica la comisión del delito de prevaricato por tratarse de dos categorías diferentes, máxime cuando el juez no tuvo a la vista ningún elemento probatorio indicativo de irregularidades en el proceso de adjudicación del lote a la sociedad RECIBANC LTDA, evidenciando la falta de sustento de la DNE al devolver el dinero al promitente comprador y negarse a suscribir la escritura de venta.

De otra parte, encuentra inexactas las afirmaciones del doctor Juan Carlos Restrepo Piedrahíta, actual director de la DNE, acorde con las cuales la promesa de compraventa se suscribió contrariando la orden del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de esa entidad y que la negociación se hizo por un valor inferior al avalúo catastral. Primero, porque dicho Comité recomendó no seguir con el proceso de venta, pero que si los oferentes insistían, se dejaría constancia de que el inmueble sería transferido cuando se adelantara una inspección judicial dentro del proceso de pertenencia seguido en relación con el mismo. Además, si existiera esa orden, la misma no era oponible a RECIBANC LTDA, dados los principios de buena fe y confianza legítima.

En cuanto al valor del bien, agrega el A quo, tampoco es cierto que al momento de la adjudicación el avalúo catastral estuviera en \$29.114'136.000,00 y en más de \$50.000'000.000,00 el valor comercial, pues el primero se encontraba en \$10.601'788.000,00 y el segundo en \$20.988'311.511,00 según la lonja de la Cámara de Propiedad Raíz.

De esta manera, concluye, debían considerarse los avalúos vigentes para la fecha de apertura del proceso de adjudicación y no los efectuados con posterioridad al mismo. Y aunque entre el avalúo comercial y el catastral existe una notable diferencia, la ley no exige que los bienes del FRISCO deban venderse por el valor comercial, pues el artículo 9 del Decreto 1770 de 2008 prevé que aquéllos tendrán un precio base de enajenación determinado conforme a la metodología y variables adoptadas por la DNE, valor

que no fue cuestionado en ningún momento.

Por tanto, ninguna irregularidad observa en la decisión adoptada por el doctor REYES DELGADO, situación que descarta la concreción del delito de peculado en tanto la ilicitud del fallo constituye presupuesto de la configuración del punible contra el erario.

LAS IMPUGNACIONES

1. El representante de la Dirección Nacional de Estupefacientes, en su condición de víctima, solicita revocar la sentencia absolutoria y, en su lugar, emitir fallo de condena porque la acción de tutela no era procedente en tanto el contrato suscrito entre RECIBANC LTDA y la DNE es ley para las partes. En tal virtud, la cláusula décimo tercera obligaba a los contratantes a acudir a la jurisdicción contencioso administrativa ante cualquier incumplimiento contractual. En el mismo sentido, el artículo 501 del Código de Procedimiento Civil establece el proceso ejecutivo por obligación de suscribir documentos, figura plenamente conocida por el doctor REYES DELGADO dada su condición de juez civil desde hace más de 15 años.

Además, jurisprudencialmente se ha decantado cómo la acción de tutela procede cuando no medien aspectos patrimoniales, postulado que no se satisface en el evento bajo examen donde en el mismo fallo censurado se destaca la existencia de una diferencia entre el avalúo catastral y el comercial del bien.

De otra parte, considera que los artículos 8 y 9 del Decreto 1770 de 2008 al hablar de “avalúos” se refieren la necesidad de contar con el avalúo catastral y el comercial, así como a la necesidad de priorizar el segundo.

2. La Fiscalía pide revocar el fallo absolutorio, así:

a) Los hechos anotados en la sentencia no recogen el contexto por el cual la DNE se abstuvo de cumplir el contrato de enajenación del inmueble.

b) No es del todo cierta la tesis del Tribunal acorde con la cual la acción de tutela procede cuando existen otros mecanismos judiciales de defensa. Así, las sentencias T-006/92 y T-518/98, citadas en apoyo de tal postura, se concedieron porque el accionante no contaba con otros mecanismos defensivos y los fallos T-631/02 y T-036/95 se profirieron en contextos diferentes, pero, en todo caso, se concedieron como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En cambio, el doctor REYES DELGADO otorgó el amparo definitivo sin constatar la configuración de un daño irreparable.

c) La firma accionante contaba con otros medios de defensa: la acción ejecutiva o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, situación que evidencia la improcedencia del amparo concedido por el juez acusado.

d) Las pruebas aportadas al proceso de tutela le permitían colegir al funcionario que la DNE estaba impedida para suscribir la escritura pública de venta ante las evidentes irregularidades en los avalúos expedidos por la Unidad Administrativa de Catastro Distrital, aspecto que podía deducir de los documentos aportados a la acción popular y de los argumentos expuestos en la solicitud de conciliación radicada ante la Procuraduría General de la Nación.

e) El juez, por su trayectoria profesional, conocía que la acción procedente ante el incumplimiento contractual era la dispuesta en el artículo 501 del C.P.C. y no la acción de tutela.

LOS NO RECURRENTES

1. La Procuraduría Octava Judicial Penal solicita confirmar el fallo por cuanto el recurrente no demostró que la falta de contexto hubiese derivado en el desacierto de la sentencia impugnada. Además, en el desarrollo de la disertación, el fallo consideró los aspectos relevantes del proceso de enajenación.

Sobre la procedibilidad de la acción de tutela, cuestionada por el ente acusador, destaca cómo el amparo se concedió porque el juez consideró que la DNE vulneró el derecho fundamental al debido proceso, razón que descarta la ilicitud de la sentencia.

Es posible que la decisión adoptada por el juez REYES DELGADO fuese equivocada y que la Fiscalía tenga razón cuando pregonaba la existencia de otros medios de defensa judicial, pero esa circunstancia no la hace manifiestamente contraria a la ley, porque los mecanismos de protección deben ser efectivos y no meramente formales, tal como se adujo en el fallo impugnado al citar pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Y aunque la argumentación del recurrente se orienta a señalar una aparente contradicción en la actuación del funcionario, no refiere ningún elemento de juicio a partir del cual deducir ánimo caprichoso o interés personal del juez en hacer prevalecer su criterio sobre la ley, máxime cuando el asunto resuelto era muy complejo.

Por último, considera que para proferir una sentencia de condena no basta con verificar el tipo objetivo, porque además se requiere demostrar el tipo subjetivo o actuar doloso del agente, aspecto en torno al cual no se acopiaron pruebas, situación que desestima la configuración del delito imputado.

2. La defensa solicita confirmar el fallo impugnado por cuanto la ausencia de transcripción de la totalidad de los hechos enunciados por la Fiscalía no comporta irregularidad en tanto el objeto del proceso era establecer la legalidad del fallo proferido por el doctor REYES DELGADO y no la del proceso de enajenación, razón por la cual no era necesario reproducir esos aspectos.

La expresión “manifiestamente contraria a la ley” constituye un elemento normativo del tipo cuyo significado se refiere a lo notorio, grosero y ostensible, por manera que cuando concurre la torpeza, el error o cuando no hay ánimo consciente y voluntario de contradecir la ley, se excluye la materialidad del prevaricato porque la causalidad por sí misma no basta para la imputación jurídica del resultado.

En ese orden, los recurrentes no demostraron que la decisión del doctor REYES DELGADO fuera prevaricadora, máxime cuando el juez sí analizó en la sentencia tópicos relativos a la tutela como mecanismo ultima ratio y al perjuicio irremediable, menos aun cuando no desvirtuaron la tesis del Tribunal según la cual la inviabilidad de la tutela por la existencia de otro medio de defensa judicial no es absoluta.

Por el contrario, el acusado sí ponderó el criterio del perjuicio irremediable cuando se refirió a lo señalado por la Procuraduría General de la Nación y a las manifestaciones del petente. Con todo, consideró que la decisión unilateral de la DNE de no continuar con el trámite de enajenación exigía unas medidas inmediatas, de urgencia para evitar un perjuicio inminente sobre los derechos fundamentales del accionante.

De otra parte, agrega, la afirmación del apoderado de la víctima sobre el riesgo en que se encuentra el patrimonio de la Nación por el fallo de tutela es inexacta en tanto el perjuicio económico alcanza a las dos partes, dado que a la accionante se le impusieron cargas unilaterales como la del cuatro por mil y el pago del impuesto.

La revocatoria de la sentencia de tutela por la Sala Civil del Tribunal no torna en prevaricadora la decisión del doctor REYES DELGADO; de haber sido así, esa Colegiatura habría compulsado copias para la correspondiente investigación penal. Aún más, la Magistrada de la Corte Constitucional María Victoria Calle Correa insistió ante sus colegas en la necesidad de revisar la tutela “...toda vez que debe determinarse si

la actuación desplegada por la DNE están (sic) ajustada a la Constitución y la ley, en cuanto a la motivación de los actos administrativos en los cuales es necesario exponer las razones que llevaron a la entidad a “invalidar” el contrato, y se analice la presunta vulneración del debido proceso”³.

El doctor REYES DELGADO fue llamado a juicio porque habría usurpado funciones del contencioso administrativo al resolver la tutela; sin embargo, tal situación no se demostró en el proceso. Por ende, lo decidido por el Tribunal goza de la presunción de acierto y legalidad.

En concreto, opina, el acusado efectuó un análisis ponderado de derechos fundamentales en virtud del cual consideró que la acción de tutela se dirigía contra actos de trámite o preparatorios y no contra el procedimiento de enajenación, coligiendo la procedencia del amparo a la luz de la jurisprudencia constitucional vigente.

Acorde con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, el juez debe considerar los medios de defensa judicial con que cuenta el accionante y su eficacia en el caso concreto para colegir la procedencia de la acción de amparo para evitar un perjuicio irremediable.

En ese contexto, apoyado en la sentencia T-1308 de 2005, el doctor REYES DELGADO consideró que los actos dictados por la DNE eran actos de trámite o preparatorios, respecto de los que no procede la acción contenciosa, resultando viable la acción de tutela definitiva por conculcarse los derechos fundamentales de la accionante.

La acción contencioso administrativa y la ejecutiva del artículo 501 del Código de Procedimiento Civil, en su criterio, no constituían mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces, situación que reafirma la procedencia del amparo concedido por el juez

investigado, máxime cuando en el expediente no se conoció que el inmueble había sido en el pasado de la mafia, pues ese no fue el debate jurídico sino el del debido proceso que se debía imprimir a la venta. En ese contexto, el fallo emitido por el investigado no desbordó la ley ni se apartó de lo razonable porque nunca perdió de vista el principio de supremacía de la Constitución.

En suma, el acusado evaluó el amparo en tratándose de personas jurídicas, resaltó el carácter excepcional de la acción de tutela en contra de los actos de la administración para rescatar el valor superior del debido proceso administrativo, enumeró los requisitos que deben cumplirse en esos eventos, circunstancias que descartan la ilicitud de la decisión y la materialización del punible de peculado en tanto el juez nunca tuvo la disponibilidad jurídica del inmueble.

CONSIDERACIONES

La Sala es competente para resolver la alzada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, pues la acción penal es ejercida contra el Juez Quince Civil del Circuito de Bogotá, juzgado en primera instancia por el Tribunal Superior de esta ciudad, por actos realizados en ejercicio de sus funciones.

Con apego a lo normado en el artículo 204 del estatuto procesal penal en mención, la labor de la Corte se contraerá a examinar los aspectos sobre los cuales se expresa inconformidad, incluyendo, como lo autoriza esa preceptiva, los temas inescindiblemente vinculados al objeto de la censura.

i. Acotación Previa

En primer lugar, la Corte recuerda que conforme al artículo 12 del Código Penal, “Sólo

se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

De esta manera, el ordenamiento jurídico nacional proscribire la imposición de sanciones basadas en el simple acontecer fáctico alejado del querer, de la voluntad de las personas.

Así mismo, debe tenerse presente que, de acuerdo con el artículo 9º de la Ley 599 de 2000, “para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable”, texto del cual se desprende que la conducta (activa u omisiva) debe pasar por el tamiz de las referidas categorías dogmáticas para que revista condición delictiva.

En cuanto al componente tipicidad, la Corporación ha indicado que, de una parte, la conducta debe adecuarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento, y de otra, debe cumplir con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido de que, acorde con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

De otra parte, la Sala deja sentado cómo el delito de prevaricato por acción precisa de una resolución, dictamen o concepto –en este caso, sentencia– ostensiblemente contraria a la legislación, es decir, que su contenido torna notorio, sin mayor dificultad, la ausencia de fundamento fáctico y jurídico, y su contradicción con la normatividad, rompiendo abruptamente la sujeción que en virtud del “imperio de la ley” del artículo 230 de la Carta Política deben los funcionarios judiciales al texto de la misma.

Tal ocurre, por ejemplo, cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno del

texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito jurídico, v.g. por responder a una palmaria motivación sofística grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal.

Con un tal proceder debe advertirse la arbitrariedad y capricho del servidor público que adopta la decisión, en cuanto producto de su intención de contrariar el ordenamiento jurídico, sin que, desde luego, puedan tildarse de prevaricadoras las providencias por el único hecho de exponer un criterio diverso o novedoso y, de manera especial, cuando abordan temáticas complejas o se trata de la aplicación de preceptos ambiguos, susceptibles de análisis y opiniones disímiles⁴.

Es también necesario indicar que respecto de la apreciación de las pruebas no es suficiente con la posibilidad de hallar otra lectura de ellas, en cuanto es menester que la tenida como prevaricadora resulte contundentemente ajena a las reglas de la sana crítica al momento de ponderar los medios probatorios, de manera que denote capricho y arbitrariedad de quien así procede⁵.

ii) Caso concreto

La Fiscalía acusa al doctor GILBERTO REYES DELGADO del punible de prevaricato por acción con ocasión del fallo de tutela del 9 de agosto de 2011 donde amparó los derechos fundamentales al debido proceso administrativo en conexidad con los principios de buena fe y legítima confianza, presuntamente afectados por la Dirección Nacional de Estupefacientes al declarar la invalidez de la promesa de compraventa de un inmueble suscrita con la firma RECIBANC LTDA el 8 de abril de 2010 y negarse a suscribir la escritura respectiva.

En apoyo del cargo el ente acusador aduce que “la acción de tutela era improcedente por dos razones, la primera por existir otros mecanismos de defensa judicial para obligar al

Director Nacional de Estupefacientes a cumplir lo pactado en la promesa de compraventa y segundo porque no era un mecanismo excepcional de protección de derechos fundamentales”⁶.

El Tribunal a quo no encontró configurada la acusación por cuanto, i) El caso analizado era complejo en tanto demandaba determinar la efectividad de los mecanismos de defensa judicial con que contaba la sociedad accionante; ii) Existen precedentes de la Corte Constitucional, citados por el funcionario investigado, en los que se ha concedido el amparo no obstante existir otros medios defensivos, por manera que la regla citada por la Fiscalía no es absoluta; iii) El doctor REYES DELGADO no usurpó funciones de la jurisdicción contencioso administrativa porque actuó como juez constitucional, cuya competencia está atribuida a todos los jueces de la República; iv) El acusado coligió la afectación del debido proceso administrativo por parte de la DNE porque esa entidad ordenó la devolución del precio y declaró la invalidez del contrato, a pesar de que el proceso de enajenación se surtió siguiendo las pautas del Decreto 1170 de 2008; v) Aunque la decisión es desacertada, esa única circunstancia no comporta la comisión del delito de prevaricato.

Frente a la anterior argumentación, el apoderado de la víctima aduce, i) Las diferencias existentes entre los contratantes, según el contrato de promesa de compraventa, debían dilucidarse ante la jurisdicción contencioso administrativa o, incluso, ante la jurisdicción ordinaria a través de un proceso ejecutivo por obligación de suscribir documentos; ii) La acción de tutela sólo procede cuando no medien aspectos patrimoniales y no exista otros métodos de defensa judicial de los derechos fundamentales del accionante.

Y el representante de la Fiscalía argumenta que, i) Los hechos anotados en la sentencia no recogen el contexto por el cual la DNE se abstuvo de cumplir el contrato de compraventa; ii) No es del todo cierta la tesis del Tribunal acorde con la cual la acción de

tutela también procede cuando existen otros medios de defensa judicial. En ese contexto, la firma accionante contaba con la acción contencioso administrativa o el proceso ejecutivo para suscribir la escritura de venta; iii) Las pruebas aportadas al trámite de tutela le permitían colegir al juez que la DNE estaba impedida para suscribir la escritura pública de venta ante las irregularidades presentes en los avalúos catastrales realizados por la Unidad Administrativa de Catastro Distrital.

El anterior recuento le permite a la Sala precisar que este proceso no tiene por objeto determinar la presencia de irregularidades en el trámite de enajenación del inmueble ni establecer la legalidad o no del accionar de la Dirección Nacional de Estupefacientes al devolver el precio y declarar la invalidez de la promesa de compraventa suscrita con la sociedad RECBANC LTDA, pues tales aspectos deberán ser evaluados por la jurisdicción correspondiente.

Por tanto, la actuación que se revisa es la desplegada por el doctor GILBERTO REYES DELGADO, Juez 15 Civil del Circuito de Bogotá, al tramitar la acción de tutela y conceder el amparo invocado por la firma RECBANC LTDA.

En ese contexto, el análisis de los cargos imputados debe partir de reconocer, acorde con lo establecido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que la decisión adoptada por el acusado resultó desacertada, por cuanto,

“...al margen de cualquier cuestionamiento que pueda endilgarse a la actuación administrativa desplegada por la Dirección Nacional de Estupefacientes, para la Sala, es claro que la comisión de las irregularidades atribuidas por la petente del amparo a su contraparte, de ellas no puede ocuparse el Juez de tutela, pues este tiene limitada su competencia a la defensa de los derechos fundamentales en exclusiva; en tanto, los reparos aquí planteados son propios de las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo y por ende, deben ventilarse ante el Juez natural de la referida

Jurisdicción”7.

De esta manera, como lo han planteado los impugnantes, el amparo incoado por RECIBANC LTDA contra la DNE resultaba improcedente por versar sobre una controversia contractual de connotación económica, frente a la cual la firma accionante cuenta con otros medios de defensa judicial.

Empero, como indicó el Tribunal a quo, el simple desacierto en la decisión de tutela no materializa el prevaricato por acción por cuanto ese delito se configura cuando se profiere decisión “manifiestamente contraria a la ley”, esto es, cuando de bulto, a simple vista, sin mayor esfuerzo se detecta la contrariedad de la determinación con el ordenamiento jurídico nacional.

En el evento bajo examen, aunque el fallo de tutela proferido por el doctor REYES DELGADO fue revocado por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, no se observa manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico en la medida que el asunto propuesto a su escrutinio era bastante complejo, dados los supuestos fácticos informados y el estado de la jurisprudencia en punto del debido proceso administrativo y de la eficacia del medio de defensa judicial.

En efecto, acorde con los precedentes de la Corte Constitucional, la existencia del mecanismo de defensa no constituye elemento suficiente para desestimar la acción de tutela, pues, además, el juez debe determinar la eficacia del mismo frente a la protección de los derechos fundamentales. Obsérvese lo manifestado por ese Tribunal,

“A pesar del carácter residual conferido a la acción de tutela, es decir, su procedencia únicamente “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, la jurisprudencia constitucional – interpretando el sentido del artículo 86 de la Carta Política en conjunto con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 – ha admitido la posibilidad de ejercerla cuando aquellos no resulten idóneos y eficaces para proteger los

derechos presuntamente vulnerados.

Atendiendo lo anterior, es deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración.

En efecto, para esta Corporación el mandato contenido en el artículo 86 Superior “debe ser interpretado en el sentido de que los medios judiciales de defensa a disposición del peticionario tienen que ser idóneos, lo que significa que deben ser aptos para impartir la protección necesaria a los derechos constitucionales amenazados o vulnerados, con la urgencia requerida por el caso concreto. Esto implica que su idoneidad debe ser establecida de conformidad con las circunstancias particulares del peticionario y su situación individual, con miras a establecer si efectivamente existen alternativas de protección lo suficientemente eficaces como para hacer que la tutela sea improcedente.

Así para este Tribunal “no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados”⁸.

En ese contexto, no resultaba suficiente realizar un análisis plano en torno a la existencia de otros medios de defensa judicial para desestimar el amparo solicitado, como lo sugieren los impugnantes. Además de ello, como acaeció en el evento examinado, el juez debía adentrarse en el estudio de la eficacia de dichos mecanismos, asunto complejo,

dada la temática propuesta, esto es, el presunto incumplimiento contractual, la naturaleza de los actos de la administración, la existencia de un debido proceso de carácter administrativo⁹, entre otros.

Y aunque el material probatorio adosado al expediente daba cuenta de un conflicto de carácter contractual donde la DNE aducía inconsistencias en el avalúo catastral para negarse a firmar la escritura de venta, esos mismos medios de convicción señalaban la afectación del debido proceso administrativo de la firma demandante ante las actuaciones de hecho de la administración, situación que llevó al juez investigado a conceder el amparo al considerar la gravedad la afectación y no encontrar métodos idóneos para solucionar prontamente el agravio.

Además, la accionante entregó al funcionario investigado importantes razones jurídicas en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales. Así, señaló que el Juzgado 17 Administrativo de Bogotá al resolver la petición de medidas cautelares dentro de la acción popular propuesta por la DNE para obtener la suspensión inmediata de la ejecución del contrato de promesa de compraventa, no encontró probada, hasta ese momento procesal, la afectación del patrimonio público con ocasión de ese contrato.

De igual forma, aportó copia del oficio dirigido por la Procuradora Delegada para la Vigilancia de la Función Pública Nación al Director Nacional de Estupefacientes, en donde manifestó su preocupación por el accionar de esa entidad al señalar, “Lo anterior significa, en criterio de esta Procuraduría Delegada, que la promesa de compraventa de ninguna manera está viciada ni tampoco invalida los compromisos y acuerdos allí convenidos, y antes por el contrario es fuente de obligaciones que en el presente caso debe cumplir la DNE sin más dilaciones pues este documento presta mérito ejecutivo al tenor de lo dispuesto en el artículo 488 del C.P.C. y lo acordado en la Cláusula Décima Tercera”¹⁰.

De esta manera, al expediente de tutela examinado por el doctor REYES DELGADO se aportaron elementos de prueba que referían omisiones sustanciales de la administración, a partir de las cuales coligió la afectación del debido proceso del accionante, conclusión que si bien resultó desacertada no se vislumbra manifiestamente contraria a la ley.

Empero, además de la disconformidad de la decisión con el ordenamiento jurídico, el prevaricato por acción, por ser un delito eminentemente doloso, exige que el servidor público de forma consciente y voluntaria emita una determinación que sabe contraria a la ley.

No se pierda de vista que en el ordenamiento jurídico nacional está proscrita la responsabilidad objetiva, en virtud de la cual sólo se atiende el acontecer causal sin considerar si el agente conoce que los hechos ejecutados constituyen infracción penal y si, acorde con ese saber, decide su realización.

En este caso, tal como lo adujo el representante del Ministerio Público, no se advierte en el accionar del doctor REYES DELGADO el capricho y la intención de contrariar el ordenamiento jurídico. En tal sentido, nótese cómo ni siquiera los recurrentes explican por qué y de qué manera concurre el dolo en el comportamiento del funcionario, limitándose a deducir la realización de la conducta criminal por la existencia de otros medios de defensa judicial en cabeza del accionante, argumento que, como se explicó, no es suficiente para pregonar la ilicitud del fallo de tutela porque el juez también tenía la obligación de verificar la eficacia de dichos mecanismos.

Por tanto, puede reprocharse al doctor GILBERTO REYES DELGADO la elaboración de una exégesis equivocada de los precedentes jurisprudenciales o, incluso, no haber sopesado en forma adecuada la eficacia de los medios de defensa con que contaba la parte accionante, pero no puede imputársele una actitud arbitraria, caprichosa y orientada

a infringir la ley.

Por el contrario, en su determinación el funcionario analizó detalladamente el supuesto fáctico, citó abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre aspectos problemáticos y entregó abundantes razones para sustentar su proveído, en lo cual la Corte observa el firme convencimiento del funcionario de estar actuando conforme a derecho, circunstancias que evidencian la ausencia de dolo o mala fe en su proceder.

De otra parte, resulta infundada la crítica de la Fiscalía contra el fallo impugnado por no haber anotado en acápite de los hechos la totalidad del recuento fáctico enunciado en el escrito de acusación, en tanto el objeto del proceso no era revisar el trámite dado a la enajenación del inmueble sino examinar la actuación desplegada por el doctor REYES DELGADO. Además, en el desarrollo del proveído impugnado se abordaron los sucesos enunciados por el ente acusador.

Por último, no sobra señalar cómo los apelantes no desvirtuaron la argumentación del fallo sobre la obligación del juez de sopesar la eficacia de los métodos de defensa judicial ni evidenciaron la manifiesta y evidente contrariedad de la decisión con el ordenamiento jurídico, limitándose a señalar la existencia de otros medios de defensa judicial, circunstancia que, como se reseñó, por sí misma no comporta la inviabilidad del amparo constitucional.

En síntesis, ninguno de los reproches de los impugnantes logra desvirtuar los argumentos expuestos por el Tribunal Superior de Bogotá para absolver al doctor GILBERTO REYES DELGADO, motivo por el cual la Sala confirmará la decisión objeto de recurso.

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

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia del 15 de agosto de 2012 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, según las consideraciones expuestas.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Expresión utilizada en el folio 4 de la resolución de acusación.

2 El Tribunal a quo cita como precedentes los siguientes fallos: T-631 de 2002, 036 de 1995, T-518 de 1998.

3 Cfr. Folios 3 y 4 del cuaderno No. 6.

4 Cfr. Sentencias de segunda instancia del 8 de octubre de 2008. Rad. 30278 y del 18 de marzo de 2009. Rad. 31052.

5 Cfr. Sentencia de segunda instancia del 23 de febrero de 2006. Rad. 23901.

6 Cfr. Folios 6 y 7 del cuaderno de la causa.

7 Cfr. Folio 38 del cuaderno No. 5.

8 Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-582 del 27 de julio de 2010. En igual sentido, fallos T-789/03, T-594/06, T-514/08 y T-645/08, entre otros.

9 La Corte Constitucional a través de múltiples pronunciamientos ha construido el concepto del debido proceso administrativo para resaltar cómo la administración, en sus diversas actuaciones, incluidas las contractuales, debe respetar las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico patrio. Así por ejemplo, en la sentencia C-983 del 1 de diciembre de 2010:

“En materia administrativa, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que los principios generales que informan el derecho fundamental al debido proceso se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrolle la administración pública en el cumplimiento de sus funciones y realización de sus objetivos y fines, de manera que se garantice: (i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados. Todas estas garantías se encuentran encaminadas a garantizar el correcto y adecuado ejercicio de la función pública administrativa, de conformidad con los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes y los derechos de los

ciudadanos, y de contera evitar posibles actuaciones abusivas o arbitrarias por parte de la administración a través de la expedición de actos administrativos que resulten lesivos de derechos o contrarios a los principios del Estado de Derecho. En este mismo sentido, esta Corporación ha sostenido que estas garantías inherentes al debido proceso administrativo constituyen un contrapeso al poder del Estado en las actuaciones que desarrolle frente a los particulares.

De otra parte, la jurisprudencia de esta Corte ha expresado que de la aplicación del principio del debido proceso administrativo se derivan consecuencias importantes, tanto para los asociados, como para la administración pública. Desde la perspectiva de los asociados, del derecho al debido proceso se desprenden las garantías de (i) conocer las actuaciones de la administración; (ii) pedir y controvertir las pruebas; (iii) ejercer con plenitud su derecho de defensa; (iv) impugnar los actos administrativos, y (v) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio.

En lo que respecta a la administración, todas las manifestaciones del ejercicio de la función pública administrativa se encuentran cobijadas por el debido proceso, tales como (i) la formación y ejecución de actos administrativos; (ii) las peticiones presentadas por los particulares; y (iii) los procesos que se adelanten contra la administración por los ciudadanos en ejercicio legítimo de su derecho de defensa.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica

de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa”.

10 Cfr. Escrito del 16 de marzo de 2011, visible a folio 44 del cuaderno No. 1.