

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

AP4683-2019

Radicación n° 55837

(Aprobado Acta No. 290)

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

A S U N T O

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal 2º Delegado ante los Tribunales de Tunja, Santa Rosa de Viterbo y Yopal, contra la decisión del 19 de junio de 2019, por medio de la cual, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo negó la preclusión de la investigación adelantada en contra del doctor Gustavo Adolfo Vega Mojica, por la conducta de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES

a. Fácticos

El 3 de junio de 2014, Aurelia de las Mercedes Pulgar, presentó denuncia penal en contra de Gustavo Adolfo Vega Mojica, quien fungía como titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Sativasur-Boyacá, por hechos que el A quo resumió de la siguiente manera:

1. Que el día 3 de septiembre de 2013 fue citada al Juzgado (...) a rendir testimonio y fue informada de la acción de tutela instaurada por el personero Municipal en contra del

municipio en búsqueda de la protección de los derechos a la vida, salud, dignidad y espacio público de los habitantes de Sativasur, escenario en el que le informó (...) que era la persona que tenía en arriendo la caseta en el parque central del municipio por aproximadamente 35 años, labor de las que derivaba el sustento para su familia. Por ello, radicó un escrito para que fuera anexado a la actuación.

2. Que no es cierto lo afirmado por la Alcaldía en el trámite de la acción de tutela en cuanto a que no cuenta con el permiso para el funcionamiento, toda vez que los anteriores burgomaestres se lo confirieron.

3. Afirmó que nunca fue vinculada al trámite de la acción de tutela por lo que se le negó el acceso a la justicia y a presentar pruebas. De la misma forma no le fue notificada la acción, lo que le impidió apelarla.

4. El fallo de tutela amparó los derechos constitucionales al espacio público y al debido proceso en forma general, lo que conllevó la vulneración a su derecho al debido proceso; además, no se explica cómo se amparó el derecho al espacio público cuando se trata de derecho colectivo cuya protección tiene otros mecanismos judiciales.

5. Sostiene que el Personero Municipal no tenía legitimación para instaurar la acción de tutela, y [...] quien fungió como titular del Despacho en mención, falló la acción de tutela “atendiendo el querer de la burgomaestre y no como en derecho correspondía”, toda vez que la alcaldesa es su amiga, pues viaja en los vehículos del municipio.

6. Asegura que, en las calles del municipio de Sativasur se rumora (solicita se investigue, no le consta) que el doctor GUSTAVO ADOLFO VEGA MOJICA es el asesor de la alcaldesa.

7. Que la acción de tutela en algunos de sus apartes es “errada e inentendible” pues al tiempo que tutela los derechos invocados por la Personería Municipal de Sativasur “ordena el inicio de un PROCESO POLICIVO donde se me den todas las garantías procesales, es decir,

está reconociendo el Señor Juez la existencia de otro mecanismo de defensa para proteger el espacio público”.

8. En tales condiciones la denunciante, quien se presenta como perjudicada, considera que se configuran los delitos de prevaricato por acción y abuso del cargo en el ejercicio de sus funciones por cuanto el proceder del funcionario repugna con el ordenamiento jurídico ya que resulta evidente su capricho o arbitrariedad, y, el fraude procesal.

b. Procesales

1. Con fundamento en la denuncia instaurada por la señora Aurelia De las Mercedes Pulgar, la Fiscalía 1ª delegada ante el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, elaboró programa metodológico y emitió órdenes a policía judicial el 1º de julio siguiente¹, a efectos de «determinar si el doctor Gustavo Adolfo Vega Mojica, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Sativasur incurrió en alguna conducta punible durante el trámite y decisión de la acción de tutela con radicado 2013-0023», producto de lo cual se obtuvo el informe de investigador de campo entregado el 15 de octubre de 2014, con el cual se allegó:

i) identificación plena, arraigo y calidad foral del investigado, así como copia de la totalidad del radicado 157234089001-2013-0023-00, correspondiente a la tutela tramitada ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Sativasur; y,

ii) entrevistas recibidas a Aurelia de las Mercedes Pulgar de Manrique, Sandra Celmira Pedroza Sandoval, Hamer Yesid Guerrero Higuera y Antonio Higuera Velandia.

2. El 3 de diciembre de 2018, la Fiscalía instructora solicitó la preclusión de la investigación, con fundamento en la atipicidad del hecho investigado, cuya audiencia de sustentación se adelantó el 22 de mayo de 2019, según lo dispuesto por la Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo a la que se asignó el conocimiento del radicado,

fecha en la cual señaló el 19 de junio siguiente, para adoptar la decisión pertinente.

DECISIÓN IMPUGNADA

La Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, mediante de auto del 19 de junio de 2019, luego de rememorar la actuación cumplida hasta ese momento, se refirió a la posibilidad de tramitar la solicitud de preclusión en el estadio en que se encuentra la actuación y advirtió en qué consistía el delito de prevaricato por acción, para finalmente negar la preclusión solicitada con fundamento las siguientes razones:

1. La decisión de tramitar la acción de tutela adoptada por el investigado, pese a que la interpuso el personero municipal para la protección del espacio público, no traduce que la misma sea «manifiesta u ostensiblemente» contraria a derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de Decreto 2591 de 1991 y lo sostenido en la Sentencia T-331 de 1997 de la Corte Constitucional -reiterado posteriormente en sentencia T-597 de 2015-, que faculta a dicho funcionario para tal hacer, aunque: «Desde luego respecto de lo hasta aquí discurrido podría hacersele oponible otra visión sobre la teleología de las normas y la jurisprudencia en cuanto a las facultades del juez cuando se cuestiona la legitimidad del personero, sin embargo, la decisión del indiciado de admitir la tutela por tratarse de un asunto constitucional, no se distancia frontalmente de los preceptos que regulan la materia circunstancia que en todo caso no eximía al ente acusador de indagar acerca de las facultades del juez frente a las pretensiones del personero.»

2. De la revisión de la demanda y el auto admisorio de la misma, aflora que, contrario a lo sostenido por la Fiscalía, el juez no vinculó al propietario de la caseta Antonio Higuera, ni a su arrendataria Aurelia de las Mercedes Pulgar, pese haberlos escuchado en declaración, cuando estaba obligado a hacerlo para integrar debidamente el contradictorio, por cuanto aquellos podrían verse afectados con la eventual orden de amparo; y no obstante que esa falta de vinculación no les impidiera, como terceros interesados, intervenir en el trámite y

hasta solicitar la apertura de un incidente de desacato, debe ser objeto de investigación la razón por la cual se obvió vincularlos a la actuación.

3. La dicotomía de la orden impartida en la sentencia de tutela, al amparar el derecho al espacio público y el debido proceso, además de la reubicación de los afectados en un plazo de 10 días para que continuaran ejerciendo su actividad comercial y, en caso de no ser posible, se adelantara la querrella de restitución del espacio público; originó que la alcaldía dispusiera el desalojo y se abstuviera de reubicar la caseta, con lo cual se afectó al arrendador y la arrendataria de la misma, quienes a pesar de ser terceros con interés legítimo en las resultas del proceso, no son titulares de los derechos constitucionales amparados, limitándoseles, seriamente, iniciar el incidente de desacato.

4. Por ello, «resultaba imperativo indagar, (i) porqué prosperó el amparo de un derecho colectivo como es el espacio público en cabeza de una comunidad, cuando en principio este solo es susceptible de protección si se acredita la conexidad con la vulneración de un derecho fundamental y (ii) cuál es la razón para que se haya amparado el debido proceso, pues aunque la Fiscalía explica tal proceder bajo el entendido que la acción se tramitó para obligar a la Alcaldía a que cumpliera su deber, es claro que las políticas públicas para solucionar la problemática de la indebida ocupación del espacio público no se ordena a través de una acción de esta naturaleza [...] no quedo claro cuál era el alcance de su decisión [...]».

5. Así las cosas, consideró el A quo que la Fiscalía no demostró la causal de atipicidad postulada, porque «no es claro que la decisión sea coherente, se encuentre soportada en abundante jurisprudencia constitucional, se acople al ordenamiento jurídico, o se acredite la ausencia de mala intención o de lesividad, para por esta vía excluir automáticamente el juicio de tipicidad [...] para efectos de la preclusión con efectos de cosa juzgada, no se establece más allá de toda duda, que la decisión tomada no es ostensiblemente contraria a la ley, o que el indiciado no actuó en forma dolosa [...] las circunstancias del caso

demandaban un amplio esfuerzo investigativo para establecer el contexto dentro del cual se emitió la determinación cuestionada».

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Contra dicho proveído, el Fiscal Delegado interpuso y sustentó recurso de apelación, haciendo consistir su inconformidad en las siguientes razones:

1. Señaló que el Tribunal desconoció su deber constitucional de dar prelación a lo sustancial y no meramente a lo formal, conforme lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta Política, puesto que sobre la atipicidad objetiva, la realidad reconstruida en el proceso de tutela fue el conflicto que existía entre un particular y el Estado, en razón a que el primero estaba invadiendo el espacio público, cuya preservación es un derecho de interés general que prevalece sobre el interés particular, según la Corte Constitucional lo destacó en la sentencia SU-360 de 1999 citada por el indiciado en el fallo de tutela.

Sostiene, en consecuencia, que para solucionar el conflicto se estaba ante una disyuntiva de simple procedimiento, en cuanto aquel se resolvía a través de la acción de tutela o mediante una acción popular, optándose por la primera que implicó una orden dada al alcalde, pero como simultáneamente se advirtió la afectación del tercero que invadía el espacio público, el juez ponderó los derechos enfrentados, eliminando, a su vez, el ingrediente normativo de lo manifiestamente contrario a la ley, cuando a través de la decisión también protegió al tercero.

En cuanto a la afirmación que hace el Tribunal en el sentido de no haberse vinculado al trámite a los terceros que podían verse afectados con la acción de tutela, responde que ello no es razón suficiente para adelantar una investigación penal contra el juez, porque entonces infinidad de casos se estarían tramitando, además de ser contrario a la realidad por cuanto el indiciado los vinculó cuando escuchó las declaraciones del arrendador y de la arrendataria de la caseta -ya que la norma no dice cómo se procede en tal sentido-, pero

éstos renunciaron a interponer recurso alguno contra la sentencia, porque no lo hicieron. Y si el alcalde no cumplió las órdenes que se le dieron, los terceros han podido acudir al incidente de desacato, sin embargo, hubo ausencia de interés de su parte ya que tampoco procedieron en tal sentido.

Así, destaca que si el personero de un pueblo alejado de Boyacá interpuso una acción de tutela para preservar el espacio público, es decir, para debatir un problema sustancial que también ha sido tramitado a través de ese mecanismo por la Corte Suprema de Justicia - como admite la Corte Constitucional que se puede hacer, según la misma sentencia SU-360 citada-, nada impedía ni puede tildarse como manifiestamente contrario a ley, que se resolviera el asunto por esa vía, así el Consejo de Estado haya dicho que lo procedente para tales efectos es tramitar una acción popular.

Respecto a no haberse indagado sobre la querella policiva, considera que era innecesario ya que en la misma no estaba involucrado el juez, y sobre la ausencia del testimonio del personero que interpuso la tutela, señala que sus argumentaciones las esgrimió en la demanda, por tanto, lo nuevo que pudiera aportar no fue conocido por el indiciado al fallar, por lo que nada relevante traería esa declaración al proceso, razón por la cual su exigencia no la considera pertinente por falta de trascendencia.

Dice, de otro lado, que la Corte ha señalado que basta con demostrar la causal para que proceda la preclusión, y desde lo objetivo la Fiscalía argumentó y acreditó que al comparar la decisión del juez con el ordenamiento jurídico se advierte la atipicidad de la conducta, pero según la providencia impugnada se requieren elementos distintos para hacer ese proceso de subsunción; sin embargo, se allegaron las entrevistas del arrendador y de la arrendataria de la caseta quienes nada aportaron diferente al reclamo de sus derechos.

Advierte que el A quo impone presupuestos de carácter probatorio que sobrecargan la actividad de la Fiscalía, cuando para precluir la actuación es suficiente con demostrar la

causal que da lugar a ella, en cualquier momento de la misma, sin que sea necesario agotar todo el trámite probatorio que alguna de las partes pretenda para satisfacer la curiosidad personal.

2. También sustentó el recurso con base en que la preclusión igualmente se solicitó por ausencia de tipicidad desde el ámbito subjetivo, esto es, por ausencia de dolo, con fundamento no solamente en la providencia del juez, sino por el hecho de que éste vinculó al arrendador y a la arrendataria de la caseta al llamarlos a declarar, acreditando con ello que no hubo mala fe del funcionario ni actitud corrompida de causar daño a un tercero que pudo debatir sus derechos, pero no lo hizo.

Además, critica la advertencia del Tribunal en el sentido de que se investigue si existía dolo o error, cuando la Corte ha dicho que el dolo se demuestra por vía indirecta a menos que se confiese, a través de los indicios, siendo que en este caso aparece claro que no hubo inclinación proterva del funcionario, pues enfocó desde el comienzo vincular al tercero y analizó la jurisprudencia de la Corte Constitucional replicándola para la recuperación del espacio público y para proteger al tercero, por lo que su afán fue ponderar equilibrando los derechos en conflicto.

3. En tercer lugar, indicó que el Tribunal no tuvo en cuenta la ausencia de lesividad alegada, pues se dijo que con la sentencia de tutela no se causó daño al tercero, ni a la alcaldía, ni a ninguna otra persona, porque la decisión del juez simplemente reitera lo que señala el ordenamiento jurídico respecto del alcalde, esto es, su obligación de recuperar el espacio público ya que este prevalece sobre el interés particular, respetando al tercero, e inclusive oponiéndose a lo pretendido con la demanda.

Argumenta que el auto impugnado no dice dónde está la duda en torno a la atipicidad objetiva ni explicó por qué son frágiles los argumentos de la Fiscalía, cuando esta se dedicó a hacer la comparación de la existencia del proceso de tutela con el ordenamiento jurídico,

ponderó el comportamiento del juez y concluyó que no era manifiestamente contrario a derecho, ya que solamente ordenó al alcalde que cumpliera con su deber de recuperar el espacio público y que protegiera el tercero, sin disponer el desalojo, como erróneamente lo adujo el Tribunal.

Finalmente, rememora algunas decisiones de esta Corporación, del Consejo de Estado y la Corte Constitucional que respaldan tesis tales como (i) que el juez puede fundamentar la preclusión cuando advierte una causal diferente a la que se enarbola por quien solicita la terminación del proceso; y, (ii) que es obligación de los alcaldes recuperar el espacio público, como derecho constitucional, y por tanto, fundamental.

Con todo ello, al estimar que la atipicidad objetiva y subjetiva se encuentran demostradas, solicitó conceder el recurso, y a la Corte, revocar la decisión impugnada y precluir la investigación en favor del doctor Gustavo Adolfo Vega Mojica.

LOS NO RECURRENTES

1. El representante de la víctima

Se declaró sorprendido con la impugnación del fiscal, por ir en contravía de la columna vertebral del sistema penal acusatorio adversarial que se basa en pilares de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, porque la Sala del Tribunal le hizo caer en cuenta de la deficiente labor investigativa, puesto que durante los siete años de investigación del caso, tan solo se allegaron 3 testimonios, dos de ellos de la alcaldesa y el personero titular que son amigos del juez y por tanto no pueden conducir a satisfacer la verdad que se está investigando.

En lo que se refiere a que prima el derecho sustancial sobre el formal, argumenta que el artículo 1º de la Carta Política señala que el Estado colombiano se funda en el respeto a la dignidad humana, y el artículo 11 del Código Procesal Penal enlista claramente los derechos

de la víctima, por lo que la señora Aurelia de las Mercedes tiene derecho al acceso a la justicia y a que se realice una excelente investigación porque su dignidad fue atropellada por alguien que prevaricó.

Destaca que no puede confundirse la vinculación al proceso de tutela que se hace en el auto admisorio de la demanda con una declaración recibida como testigo, además que la afectada jamás fue notificada del fallo de tutela y, por tanto, no pudo interponer recursos.

Que la Fiscalía presume que el señor juez protegió el debido proceso, pero debe tenerse certeza más allá de toda duda al respecto, porque de lo contrario se genera impunidad cuando se está en contra de la verdad.

La afirmación del fiscal en cuanto a que no es necesaria la declaración del personero que instauró la tutela porque ella se encuentra en la demanda, va en contravía de todos los principios del derecho penal, en el cual no hay pruebas trasladadas, por lo que debe irse a la fuente y tomarse la declaración para poder valorarla.

Termina solicitando que se mantenga la postura del Tribunal, no se conceda la preclusión y se solicite a la Fiscalía que con una investigación más seria se imputen cargos y se adelante un proceso penal de acuerdo a la verdad para lograr obtener justicia y garantías de no repetición.

2. La defensa técnica del indiciado

Se limitó a señalar que coadyuva los argumentos del Fiscal.

De tal forma, el Tribunal estimó reunidos los presupuestos para conceder el recurso de apelación ante la Sala, y así lo dispuso, en el efecto suspensivo.

C O N S I D E R A C I O N E S

1. De conformidad con lo previsto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra los autos dictados en primera instancia por los Tribunales Superiores, limitada al estudio de los argumentos expuestos por el impugnante y de aquellos inescindiblemente ligados a los mismos.

2. Acorde con lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución Política, y 200 de la Ley 906 de 2004, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde el ejercicio de la acción penal, mediante la ejecución de actos propios de indagación e investigación de los hechos que lleguen a su conocimiento y tengan características de una conducta punible, siempre y cuando existan suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la probable existencia de la misma.

3. En armonía con lo anterior, el numeral 1º del artículo 114 del mencionado Código Procesal, establece como atribución de la Fiscalía la de “Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito”.

4. No obstante ello, ante determinados eventos en los cuales no se satisfacen las exigencias legales para acusar, en los artículos 331 a 335 ibídem se estableció el trámite relacionado con la preclusión, a través del cual, en cualquier etapa de la actuación el fiscal puede solicitar al juez de conocimiento pronunciamiento en tal sentido, y en caso de ser aceptada la misma por acreditarse alguna de las causales enlistadas en el artículo 332, se impone el archivo de la actuación con efectos de cosa juzgada.

5. Por esa razón, quien invoca el mecanismo está obligado a demostrar la causal en que fundamenta la solicitud mediante un razonamiento específico y detallado que puntualice los elementos que la estructuran, así como aquellos que hacen parte del tipo penal que se pretende precluir, evaluados de forma armónica con el fin de evidenciar la necesidad de extinguir la acción penal, es decir, tiene la carga procesal de demostrar que respecto de la

causal «no exista duda o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo» porque, en tal evento, el funcionario judicial está obligado a continuar el trámite de la actuación (CSJ AP, 5 dic. 2018, rad.52549).

6. En el caso concreto, como ya se dijo, la Fiscalía presentó la solicitud de preclusión aduciendo como causal la atipicidad de la conducta, al no estructurarse los elementos que configuran el delito de prevaricato por acción por el cual adelanta la indagación en contra de Vega Mojica, en particular: (i) el normativo, atinente a que se profiera una decisión manifiestamente contraria a la ley; (ii) el subjetivo, que se relaciona con el dolo, única modalidad en que es posible incurrir en la conducta de prevaricato; y, (iii) señalando que no existe lesividad de la conducta.

7. Sobre el elemento normativo la jurisprudencia de esta Sala ha indicado (CSJ SP, 3 jul. 2019, rad. 53651):

En relación con la manifiesta arbitrariedad en la aplicación del derecho, la jurisprudencia ha considerado (CSJ SP 15 oct. 2014, rad. 43.413 y SP 17 jun. 2015, rad. 45.622) que el tipo penal se realiza en su aspecto objetivo cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno al texto de preceptos legales, claros y precisos o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonablemente atendibles en el ámbito jurídico, por ejemplo, por responder a una palmaria motivación sofística groseramente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal.

También, ha dicho la Sala (CSJ SP 23 oct. 2014, rad. 39.538), como consecuencia de una valoración probatoria abiertamente desfasada, ajena a las reglas de la sana crítica, sesgada o palpablemente parcializada, puede configurarse la conducta punible.

Es más, como lo alega el impugnante, la Corte ha manifestado, en cuanto al elemento normativo del tipo penal, que este se verifica confrontando el contenido del pronunciamiento y lo que el ordenamiento jurídico establece, ordena o prohíbe, con el fin de dilucidar si lo

resuelto en aquel está en sintonía con lo previsto en éste².

Entonces, la materialidad de la conducta punible de prevaricato por acción exige demostrar que la resolución, dictamen o concepto fue dictado de manera voluntariosa, obstinada o arbitraria por el sujeto, desconociendo de forma abierta, patente o notoria los mandatos normativos o exigencias de análisis probatorio o jurídico que regulan el caso.

8. Y en cuanto al elemento subjetivo, en la misma providencia se dijo:

Pasando al plano de la tipicidad subjetiva, la Corte tiene dicho (CSJ SP 27 jul. 2011, rad. 35.656 y 10 abr. 2013, rad. 40.166) que para la afirmación del dolo requerido a fin de proferir un fallo condenatorio por prevaricato resulta imprescindible comprobar que el autor sabía que actuaba en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decidió vulnerarlo. El dolo prevaricador se configura, en principio, con la consciencia y el querer proceder en contra de la ley.

9. Razón por la cual, no se adecuan al tipo penal las providencias cuyo contenido sea resultado del examen complejo de las distintas disposiciones que regulan el asunto, respecto de las cuales exista la posibilidad de interpretaciones discordantes, toda vez que en el prevaricato el juicio no es de acierto sino de legalidad, por cuanto, se insiste, «la emisión de una providencia “manifiestamente contraria a la ley” solamente es compatible con un conocimiento y voluntad intencionada en el caso concreto de decidir de manera contraria al ordenamiento jurídico, ese propósito no puede ser fruto de intrincadas elucubraciones, tiene que ser evidente, grosero y advertible de inmediato en relación con el problema jurídico identificado por el funcionario judicial en el momento en cuya conducta se juzga y no a posteriori»³.

10. En lo que se relaciona con el principio de lesividad, La Corte ha precisado, mediante la sentencia CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31362, que todos los tipos penales son susceptibles del reconocimiento de dicho principio, el cual representa la «obligación ineludible para las

autoridades [de] tolerar toda actitud [...] que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual y colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el orden jurídico penal está llamado como última medida a proteger».

Allí se concretó:

[N]o es cierto que el problema de la afectación del bien jurídico le corresponda determinarlo únicamente al legislador en virtud de la política criminal que subyace a la elaboración de tipos penales, sino también le compete valorarlo en cada caso concreto al juez, al igual que a los demás operarios jurídicos, respecto de todos los asuntos que asuman en las distintas fases de la actuación, y con base en la aplicación de principios ineludibles para un Estado Social de Derecho como son los de lesividad, prohibición de exceso, necesidad, mínima intervención y naturaleza fragmentaria del derecho penal, entre otros.

11. El delito de prevaricato por acción no está exento de una valoración sobre la significativa lesión o puesta en peligro del bien jurídico, de manera que, si no se puede predicar un efectivo menoscabo en tal sentido, la acción deberá declararse atípica por su insignificancia, «sin perjuicio de que también pueda contemplarse como un [tema] atinente a la antijuridicidad de la acción, o como causal de ausencia de responsabilidad en el injusto, o incluso como un principio general de interpretación que impide la configuración de la conducta punible sin tener que profundizar en las categorías dogmáticas del delito», tal y como se ha establecido en la sentencia citada.

12. Descendiendo al asunto que concita la atención de la Sala, debe indicarse que se revocará la decisión del A quo por cuanto la tesis esbozada por la Fiscalía para sustentar la preclusión que solicita, acredita la atipicidad objetiva del delito de prevaricato por acción por el cual adelanta la indagación en contra del doctor Gustavo Adolfo Vega Mojica, sin que resulte necesario realizar adicionales actividades investigativas.

13. De acuerdo con el A quo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de Decreto

2591 de 1991 y lo sostenido en la Sentencia T-331 de 1997 de la Corte Constitucional - reiterado posteriormente en sentencia T-597 de 2015- «la decisión de admitir la acción de tutela propuesta por el Personero Municipal de Sativasur, para el amparo del derecho al espacio público, no contiene en principio una decisión “manifiesta u ostensiblemente” contraria a la ley», puesto que el mencionado funcionario está legitimado para incoar acciones de tutela en los eventos en que están en juego asuntos constitucionales, como el referido en la demanda, por lo que la decisión aludida «no se distancia frontalmente de los preceptos que regulan la materia».

14. Es más, inclusive en lo que concierne a la falta de vinculación al trámite de la tutela del propietario de la caseta Antonio Higuera y de la arrendataria Aurelia de las Mercedes Pulgar, a quienes se les citó para recibirles declaración, lo cual demuestra «que la actuación no se adelantó en forma subrepticia» según el auto impugnado, también se aduce en el mismo que no obstante ser ello necesario para integrar el contradictorio, ya que eran personas interesadas que podrían verse afectadas con la sentencia respectiva, «podría decirse que la falta de vinculación no impide que los terceros con interés intervengan en el trámite e incluso puedan solicitar la apertura de un incidente de desacato, como así lo reconoce la jurisprudencia constitucional».

15. Así las cosas, en relación con las dos circunstancias mencionadas con antelación, pese a que el A quo destacara la necesidad de indagar sobre las facultades del juez frente a las pretensiones del personero y para establecer la razón por la cual se obvió la vinculación de los terceros interesados, admite al respecto que el proceder del indiciado no fue ostensiblemente contrario al ordenamiento jurídico.

16. Razonamiento que avala la Sala, en cuanto a lo primero porque si en principio podría señalarse que para garantizar el espacio público está diseñada como vía judicial la acción popular, también es cierto que la jurisprudencia constitucional admite que el personero municipal acuda a la tutela -como se ha hecho en multiplicidad de casos⁴- cuando se

enarbola la vulneración de un derecho fundamental -como lo hizo el demandante (dignidad humana, debido proceso)- al señalar en sentencia T-508 de 1992:

El carácter colectivo del Derecho y del Interés al Espacio Público, en principio excluye la procedencia de la Acción de Tutela por la específica razón de la existencia de otras vías judiciales de protección en los términos de las consideraciones que se señalan más arriba; empero, como se advierte en esta parte de la sentencia, de ser el atentado o la amenaza de violación a un derecho colectivo como el de gozar de un Medio Ambiente Sano o del Espacio Público, de tal naturaleza que en la específica situación se atente de modo directo y eficiente contra un Derecho Constitucional Fundamental, puede intentarse la Acción de Tutela y amparar uno y otro derechos simultáneamente.

17. Respecto a lo segundo, porque no obstante ser obligación del juez de tutela integrar debidamente el contradictorio, tanto por activa como por pasiva, lo cierto es que los terceros interesados legítimamente en la acción fueron escuchados en declaración, enterándoseles de la misma, como la señora Aurelia de las Mercedes Pulgar directamente lo dio a conocer al presentar un memorial previo a que el juez profiriera sentencia, además de que han podido impugnar la misma, solicitar su cumplimiento o la apertura del incidente de desacato⁵ y hasta la del incidente de nulidad, precisamente por la ausencia de su vinculación⁶, pero nunca lo hicieron.

18. Entonces, el argumento de la decisión que restaría por examinar, en relación con la impugnación elevada, está referido a la sentencia emitida por el indiciado sobre la cual dijo el A quo que «la dicotomía en la orden dada ocasionó, como lo reconoce la misma fiscalía, que la Alcaldía diligentemente ordenara el desalojo, pero no hiciera nada respecto a la reubicación de la caseta»; además de agregar que del fallo no emerge «cuál es la razón para que se haya amparado el debido proceso, pues aunque la fiscalía explica tal proceder bajo el entendido de que la acción se tramitó para obligar a la alcaldía a que cumpliera su deber, es claro que las políticas públicas para solucionar la problemática de la indebida

ocupación del espacio público no se ordena a través de una acción de esta naturaleza, y aunque el juez en su decisión argumenta frente a este derecho fundamental, que no se puede vulnerar el debido proceso del arrendador y la arrendataria de la caseta, por lo que la recuperación del espacio público debe estar sometido “a las normas contenidas y pertinentes para tal fin concordante las mismas con el esquema de ordenamiento territorial”, lo cierto es que no quedó claro cuál era el alcance de su decisión, ni se estableció probatoriamente por qué este tipo de orden la dio dentro del trámite constitucional».

19. En tal virtud, consideró no demostrada la causal de atipicidad postulada por la Fiscalía para precluir la actuación «por cuanto no se logró establecer si las decisiones del juez resultan razonables dadas las circunstancias fácticas que rodearon la actuación», razón por la cual se hacía indispensable proseguir con actividades investigativas que arrojaran luces al respecto.

20. Sin embargo, del expediente surge que en relación con la denuncia interpuesta el tres (3) de junio de 2014 por la señora Aurelia De las Mercedes Pulgar, se ejecutaron órdenes de policía judicial a través de las cuales se ha podido establecer que el indiciado admitió, tramitó y dictó sentencia el 6 de septiembre de 2013, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Sativasur-Boyacá, dentro de la acción de tutela formulada contra la Alcaldía Municipal, por el personero de ese ente territorial, Yeison Enrique González Vargas, con el fin de que «se tutelen los derechos de los pobladores del municipio [...] siendo vulnerados (sic) derecho a la salud, dignidad humana, espacio público, salubridad pública y que se ordene a la señora Alcaldesa se expida resolución por parte de la alcaldía declarando ocupante indebida a la señora AURELIA DE LAS MERCEDES PULGAR, para que retire la caseta del parque municipal».

21. Y que al dictar la sentencia el juez indiciado fundamentó constitucional y legalmente el deber del Estado de velar por la protección del espacio público y por su destinación al uso

común que prevalece sobre el interés particular, en cabeza de la alcaldesa del municipio, y también argumentó sobre la necesidad de «garantizar a las personas que actualmente ocupan el espacio público con una caseta en el parque principal de este municipio, las condiciones que le permitían continuar con la fuente de trabajo, en algún sitio permitido del municipio».

22. El mismo Tribunal en el auto impugnado señala que el indiciado «centró su debate en el conflicto existente entre el deber de las autoridades de velar por el buen uso del espacio público frente al derecho al trabajo y con tal fin realizó un estudio de la sentencia SU 360 de 1999 en donde destacó que, para que prevaleciera el derecho al trabajo se debía atender el principio de confianza legítima conforme con el cual, aunque el administrado no tiene un derecho adquirido, pues su situación puede ser modificada por las autoridades, no se les puede alterar su situación cuando la conducta de la administración les permite concluir que su conducta es jurídicamente aceptable».

23. Consecuencialmente, la orden emitida en la sentencia fue la siguiente:

PRIMERO: TUTELAR los derechos constitucionales al espacio público, al debido proceso invocados por el Personero Municipal.

SEGUNDO: ORDÉNASE a la Alcaldesa Municipal de Sativasur, que en el término de diez días hábiles (10) contados a partir de la notificación de esta providencia, realice las actuaciones que son de su competencia, para que cumpliendo con los deberes que le son propios, y sin dilaciones injustificadas y que de no haberlo hecho, adopte todas las medidas indispensables para garantizarles a los señores ANTONIO HIGUERA en calidad de dueño de la caseta y la señora arrendataria AURELIA DE LAS MERCEDES PULGAR, para que puedan ejercer una actividad comercial similar a la desarrollada en algún sitio del municipio o en el que tenga habilitado para ello, es decir sean reubicados.

Si lo anterior no es posible se tramite de conformidad con la ley y las normas que rigen la

materia la querella de restitución del espacio público, que constituye un deber de las autoridades, querella que debe estar precedida de un proceso policivo que los autorice con el cumplimiento de las reglas del debido proceso, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta providencia, que es parte integral de la misma.

24. Así, ninguna duda surge acerca del alcance de las órdenes impartidas, pues examinado el contenido del fallo, en cuanto a la alcaldía se refiere, lo exigido fue que cumpliera con su deber constitucional y legal de preservar el espacio público, respecto de la ocupación que del mismo hacía la caseta de comercio instalada en el parque principal del municipio, cuyo dueño es el señor Higuera y su arrendataria la señora Pulgar, adoptando las medidas necesarias para ello dentro del término fijado, pero garantizándoles a éstos, seguir ejerciendo su actividad comercial, «sea que se opte por la reubicación u otro programa serio, concertado, tales como incorporación en proyectos productivos y actividades laborales, suministro de auxilios, créditos u otros estímulos o subsidios a favor de los mismos».

25. Ahora, en cuanto al debido proceso, la orden emitida consistió en señalar que en el evento de no cumplirse lo anterior, se adelantara el trámite de la querella de restitución del espacio público, conforme a la ley, esto es, «con el cumplimiento de las reglas del debido proceso», lo cual también otorgó garantías a los terceros que tenían interés legítimo en la decisión.

26. En síntesis, pese a que el juez señaló tutelar el espacio público, lo que dispuso materialmente fue garantizar el debido proceso administrativo que tenía el deber de adelantar la administración municipal para proteger los derechos de los habitantes de Sativasur, sin dejar de lado los de los terceros afectados con su decisión, de acuerdo con las órdenes que expidió, y sin emitir pronunciamiento alguno sobre desalojos.

Debido proceso administrativo sobre el cual se ha dicho:

[...] la jurisprudencia constitucional ha sostenido que los principios que deben informar genéricamente el derecho fundamental al debido proceso en materia administrativa, son entre otros, los siguientes: (i) el principio de legalidad y el acatamiento de las formas procesales administrativas previamente establecidas; (ii) los principios de contradicción e imparcialidad a fin de asegurar la protección del derecho a la defensa de los ciudadanos en todas sus formas, y (iii) el respeto general a los derechos fundamentales de los asociados. Estas garantías básicas, se encuentran encaminadas a asegurar el correcto y adecuado ejercicio de la función pública y a evitar posibles actuaciones arbitrarias por parte de la administración.

[...]

“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”⁷.

25. De tal manera, para la Sala la sentencia proferida por el indiciado en modo alguno revela su capricho o interés particular con desprecio del derecho aplicable, no resultando, por ende, manifiesta u ostensiblemente contraria al ordenamiento jurídico. El juez examinó la prueba incorporada a la actuación e hizo el estudio del problema jurídico planteado abordando el conflicto de derechos ya comentado y le dio una solución razonable al mismo.

26. Recuérdese que la configuración de la contrariedad manifiesta de la decisión con la ley se afina en resoluciones sin ninguna reflexión o que ofrecen conclusiones opuestas a lo que evidencian las pruebas o al ordenamiento jurídico bajo el cual debe resolverse el asunto, con lo cual resulta evidente, sin mayor esfuerzo, lo arbitrario y voluntarioso de la decisión por provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público de contravenir la normatividad; además, las simples diferencias de criterio respecto a determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su complejidad o ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, no pueden considerarse como propias del prevaricato por cuanto en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias inclusive en temas que aparentemente no ofrecerían dificultades en su resolución (CSJ SP, 23 feb. 2006 rad. 23906).

27, En tales condiciones, al acogerse la tesis del impugnante se revocará la decisión del A quo, y en su lugar, se precluirá la actuación adelantada en contra del doctor Vega Mojica por el delito de prevaricato por acción por atipicidad de la conducta, sin que sea necesario ahondar en los demás argumentos esgrimidos por el recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

R E S U E L V E

1. REVOCAR el auto objeto de impugnación proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, y en su lugar, PRECLUIR la investigación adelantada en contra del doctor Gustavo Adolfo Vega Mojica, por el delito de prevaricato por acción, con fundamento en los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia.

Contra esa decisión no procede recurso alguno.

Devuélvase al Tribunal de origen el expediente

Cópiese, comuníquese y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Fls. 178-185 ib.

2 CSJ SP, 11 dic. 2003, rad. 19547 y 5 may. 2007, rad. 25766.

3 CSJ SP, 23 oct. 2014, rad. 39538.

4 Además de la T-024 de 2000 citada en el fallo de tutela, también se cuentan las T-337 de 1997, T-731 de 1998, T-707 de 2012, T-579 de 2015 y T-103 de 2016, entre otras.

5 «Los artículos 23, 27 y 52 de la misma normativa -Decreto 2591/91- disponen que ante el incumplimiento de una orden emitida en un fallo de tutela, el beneficiario puede solicitar, de manera simultánea o sucesiva: (i) su cumplimiento, por medio del denominado trámite de cumplimiento, y/o (ii) la imposición de

sanciones a la autoridad renuente, a través del incidente de desacato. Ninguno de estos mecanismos es condición para interposición del otro.» (Auto 368 de 2016 Corte Constitucional).

6 «En relación con la oportunidad para promover el incidente de nulidad cuando éste se origina en la ausencia de vinculación de una de las partes en el trámite de tutela, o de un tercero con interés legítimo en su decisión, la Corte ha sido enfática en sostener que la nulidad puede ser alegada por el afectado “una vez tenga conocimiento efectivo de la existencia de la acción o de la sentencia que la decide, sin que le sea oponible su saneamiento por efecto automático de la expedición de esta última”» (Auto 025 A de 2012 Corte Constitucional).

7 Sentencia C- 083 de 2015 Corte Constitucional.