FALSO TESTIMONIO EN ACCIÓN DE TUTELA/ … "se constata por la Sala que aunque hay identidad del accionante y uno de los accionados en las dos tutelas y que el objeto de ambas hubiese sido la protección de los derechos fundamentales mediante la obtención de los permisos para el funcionamiento del establecimiento de comercio del accionante, los hechos no son iguales porque las dos tutelas versan sobre situaciones disímiles, la primera con ocasión al cerramiento del establecimiento de comercio y la segunda por la negativa del permiso o certificación de uso de suelos del predio donde funcionaría el establecimiento de comercio, con peticiones presentadas en distintas oportunidades, las primeras en el año 2004, las segundas en el año 2005, sustentadas en fundamentos jurídicos y pruebas diferentes".

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

SENTENCIA No. 095

MAGISTRADA PONENTE : LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ.

APROBADO: Acta Nº 001 Art. 30 , Num. 4º, Ley 16 de 1968.

Tunja, doce (12) de enero de dos mil dieciséis (2016)

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Tercera Sala de Decisión Penal de este Tribunal, se ocupa en esta providencia de resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el Acusado y su Defensor contra la sentencia proferida el cinco (05) de septiembre de dos mil doce (2012) por el Juzgado Penal del Circuito de Moniquirá, mediante la cual se condenó a ALFONSO VELASCO RONCANCIO por Falso Testimonio.

RESUMEN DE LOS HECHOS

ALFONSO VELASCO RONCANCIO el 27 de mayo de 2004 interpuso acción de tutela en contra de VICTOR JOSÉ DEL RIO PÁEZ en calidad de Alcalde del municipio de San José de Pare y el Comandante de Policía de dicho municipio, por la vulneración de los derechos fundamentales por parte del Comandante de Policía y del Alcalde Municipal por el cierre del establecimiento de comercio de su propiedad denominado taberna video “Los Despechados” sin acto administrativo previo, por fuera de los términos previstos en la ley y sin los requerimientos previos, todo cuando se estaban adelantando gestiones para obtener los permisos respectivos, la cual fue negada en primera y segunda instancia por falta de vulneración de los derechos fundamentales.

Nuevamente ALFONSO VELASCO RONCANCIO el 5 de octubre de 2005 interpuso acción de tutela en contra de VICTOR JOSÉ DEL RIO PÁEZ en calidad de Alcalde del municipio de San José de Pare, por la vulneración de derechos fundamentales con la negación del Alcalde de otorgarle el permiso de uso de suelos para el funcionamiento del establecimiento de comercio de su propiedad denominado taberna video “Los Despechados”, considerando el accionante que las razones de la negativa a sus peticiones de julio 27 y agosto 1 de 2005 sustentada en amplios argumentos normativos y pruebas de la situación fáctica, no se ajustaba a la realidad y normatividad vigente, alegando que no era cierto que el predio en el que funcionaría el establecimiento estuviese ubicado en zona de desarrollo urbanístico porque el mismo pertenecía al área rural dentro del corredor vial donde era viable ejercer la actividad pretendida.

En el escrito de esta segunda tutela, ALFONSO VELASCO RONCANCIO señaló *"Bajo la gravedad del juramento y conforme lo exige el Art. 37 del Decreto 2591 de 1991 manifiesto al señor Juez, que no he instaurado otra Acción de Tutela ante autoridad judicial alguna sobre los mismos hechos o derechos aquí enunciados pues ya se había presentado tutela anterior pero fue negada por falta de unos requisitos que en la actualidad ya cumplo tal y como consta tanto en los hechos como en las pruebas anexas."*, aunque al momento de la presentación, el Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Pare, no le hizo la advertencia al peticionario, de las consecuencias penales del falso testimonio.

En primera y segunda instancia, se negó la tutela por falta de vulneración de los derechos reclamados, no siendo calificada la temeridad de la actuación que fue discutida por el demandado y mucho menos imponiendo sanciones por la misma, llegando los jueces constitucionales a la conclusión que no había identidad de los hechos en las dos tutelas, admitiéndose tan solo que algunos hechos y varias de las pruebas eran las mismas de la tutela ya fallada, pero no todos.

El señor VICTOR JOSÉ DEL RIO PÁEZ, quien en la contestación de la acción de tutela discutió la temeridad, y a pesar de no haber sido calificada la misma por los jueces que fallaron la acción constitucional, formuló denuncia en contra de ALFONSO VELASCO RONCANCIO por considerar que faltó a la verdad al haber interpuesto una segunda acción de tutela por hechos y derechos iguales a la ya decidida, declarando bajo juramento lo contrario.

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACION DEL PROCESADO

ALFONSO VELASCO RONCANCIO, identificado con C.C. No. 74.240.673 de Moniquirá, nacido en San José de Pare (Boyacá) el 9 de diciembre de 1963, hijo de ALFONSO VELASCO OTÁLORA y MARÍA DEL PILAR RONCANCIO, para cuando rindió indagatoria dijo vivir en unión libre con NUBIA IRENE REYES, ser padre de tres hijos, con estudios secundarios, y era concejal del municipio de San José de Pare.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en la denuncia formulada por VICTOR JOSÉ DEL RIO PAEZ contra ALFONSO VELASCO RONCANCIO, la Fiscalía Treinta y Una Seccional de Moniquirá decretó la apertura de la instrucción por el delito de falso testimonio (fl. 70).

Vinculado ALFONSO VELASCO RONCANCIO mediante indagatoria rendida el 12 de abril de 2010, la Fiscalía Treinta y Una Seccional de Moniquirá le resolvió situación jurídica en providencia del 31 de agosto de 2010 absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento (fls. 91-104), y en decisión del 16 de septiembre del mismo año dispuso el cierre de la investigación (fl. 111).

La Fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución de acusación del 22 de noviembre de 2010 en contra de ALFONSO VELASCO RONCANCIO como presunto responsable del delito de falso testimonio (fls. 129-145), la cual fue apelada por la Defensa y confirmada en resolución del 31 de marzo de 2011 de la Fiscalía Cuarta Delegada ante este Tribunal (fls. 3-11 c. 2° inst.).

Avocó conocimiento del juicio el Juzgado Penal del Circuito de Moniquirá en auto del 27 de abril de 2011 (fl. 172), llevándose a cabo la audiencia preparatoria el 6 de septiembre del mismo año (fls. 189-192), y audiencia pública el 21 de noviembre de 2011 (fls. 196-203).

El 5 de septiembre de 2012 el Juzgado Penal del Circuito de Moniquirá profirió sentencia condenatoria en contra de ALFONSO VELASCO RONCANCIO como autor del delito de falso testimonio (fls. 209-237), contra la cual el Acusado y su Defensor interpusieron y sustentaron el recurso de apelación, el que fue concedido ante la Sala Penal de este Tribunal en auto del 3 de octubre de 2012 (fl. 281).

Por reparto le correspondió el conocimiento en segunda instancia a la Tercera Sala de Decisión Penal de este Tribunal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y MOTIVO DE LA APELACIÓN.

1.- De la sentencia de primera instancia.

El Juzgado de primera instancia, encontró demostrada la conducta punible por falso testimonio y responsabilidad penal del acusado ALFONSO VELASCO RONCANCIO por la misma, al considerar demostrada la existencia de dos acciones de tutela que interpuso el procesado en contra de VICTOR JOSÉ DEL RIO PAEZ en calidad de alcalde del municipio de San José de Pare, quien en este proceso es el denunciante, solo que en la primera acción también era demandado el Comandante de Policía del mismo municipio, que en la segunda acción como derechos presuntamente vulnerados adicionó a los de trabajo e igualdad, el de libertad de escoger profesión u oficio y libre desarrollo de la personalidad, y que los hechos quiso presentarlos de manera diferente, pero que se podía concluir que se trataba de las mismas partes, derechos y pretensiones, por lo que existió temeridad en el ejercicio de la acción constitucional.

Que si bien es cierto, en la primera acción se hizo referencia a derecho de petición del 15 de mayo de 2004, y en la segunda acción a otro derecho de petición presentado el 27 de julio de 2005, ratificado en escrito del 01 de agosto del mismo año, eso no es suficiente para justificar un hecho nuevo que justificara la interposición de una segunda acción de tutela, haciendo el a quo el cotejo de los dos derechos de petición.

Señaló que en el primer derecho de petición solicitaba el accionante ahora procesado, la revisión al uso del suelo, la intensidad auditiva, horario, ubicación y la expedición del concepto sobre las mismas de una taberna, y que en el segundo derecho de petición solicitaba de nuevo certificación de uso del sueldo, horarios e intensidad auditiva del mismo predio, agregando como anexo nuevo a los documentos de la primera solicitud, una visita de ISALUB del mes de julio del año 2005, de la cual no encuentra diferencia sustancial con la primera visita practicada el 26 de mayo de 2004.

Por tanto, consideró la primera instancia, que no fue veraz la manifestación que hiciera ALFONSO VELASCO RONCANCIO en el escrito de la segunda tutela, sobre la existencia de una acción anterior que le había sido negada por falta de unos requisitos que para ese momento ya cumplía, no

siendo cierto que hubiese surgido elementos nuevos que variaran la situación inicial, haciendo el análisis de estos para concluir que se trataba de los mismos hechos, partes, derechos y pretensiones, siendo temeraria la segunda tutela impetrada solo que se argumentó de manera diferente, incurriendo en falso testimonio al señalar bajo la gravedad del juramento que no había instaurado otra acción por los mismos hechos y derechos.

Afirmó que la actuación del procesado fue dolosa al alterar la verdad de manera consciente y voluntaria para alcanzar el interés particular, siendo típica, y antijurídica ante el abuso en el ejercicio de la acción de tutela para obtener varios pronunciamientos sobre el mismo caso, afectando la administración de justicia sin justa causa, admitiendo el juicio de culpabilidad, reuniéndose así los presupuestos del artículo 232 del C. de P.P. para proferir sentencia condenatoria por el delito de falso testimonio en contra del acusado.

Teniendo en cuenta que solo concurría la circunstancia de menor punibilidad de carencia de antecedentes penales del procesado, dosificó la pena en el cuarto mínimo, fijándola en el mínimo previsto en la norma, esto es, en 72 meses de prisión como pena principal, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término como pena accesoria; negando los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por no cumplirse los presupuestos objetivos exigidos en los artículos 63 y 38 del C.P., por lo que dispuso la captura del procesado una vez estuviera en firme la sentencia.

2.- Del motivo de la apelación.

2.1.- El acusado ALFONSO VELASCO RONCANCIO, impugnó la sentencia pretendiendo se revoque y se le absuelva de los cargos formulados en su contra, con los siguientes argumentos en resumen:

Hizo uso de la acción de tutela con la finalidad de que se le amparara unos derechos que consideraba estaban amenazados, y de buena fe le advirtió al juez que ya había instaurado en oportunidad anterior otra acción de tutela, habiendo solicitado el apoderado del accionado no se tramitara la acción por

temeridad, a lo cual no accedió el juez por no encontrar que la nueva solicitud fuera temeraria por lo que la resolvió de fondo negándola, precisando el recurrente que la improcedencia de la acción de tutela no supone necesariamente que la misma sea temeraria, como tampoco si se accionan varias tutelas en defensa de un derecho.

Cita variada jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la acción de tutela temeraria y la apreciación del falso testimonio en la misma, que afirma el procesado fue puesta en conocimiento en los alegatos y desconocida por la juez en la sentencia, que al declararse exequible el artículo 25 del decreto 2591 de 1991 se indicó que el juez de tutela que rechace o deniegue la tutela por estimar fundadamente que incurrió en temeridad debe condenar en costas al solicitante, esto por el uso doloso o abusivo del instrumento constitucional, identificando la temeridad con las costas, por lo que si no hay temeridad no nace la potestad del juez para sancionar al accionante con el pago correspondiente, concluyendo que en la investigación no existe prueba que haya actuado con temeridad porque tanto el juez de primera instancia como el de segunda instancia no consideraron dentro de los fallos emitidos que la tutela fuera temeraria ni lo condenaron en costas por dicha acción.

2.2.- El Defensor del Acusado igualmente solicitó la revocatoria de la sentencia apelada y en su lugar se absuelva al acusado, cuestionándola por errónea interpretación de las normas invocadas por el a quo, por error de hecho y de derecho ante la existencia de medios probatorios idóneos, esto es, la prueba documental, que no fue apreciada y que hizo referencia equívoca a los hechos que dieron origen al proceso.

Asegura que la Fiscalía le ha atribuido la conducta ilícita al procesado por haber instaurado dos acciones de tutela y ante la confesión que hiciera en la segunda de ya haber tramitado una anterior pero por hechos y derechos diferentes, pues en junio de 2004 interpuso la acción contra el municipio de San José de Pare representado por VICTOR JOSÉ DEL RIO PÁEZ alcalde municipal, declarándose improcedente en decisión del Juzgado Promiscuo de San José de Pare, manteniéndose el cierre del establecimiento comercial del accionante por falta de otorgamiento de licencia de uso de suelos por parte del municipio, por lo que después de realizar nuevas gestiones administrativas y sin

obtener resultados de la petición que hiciera ante el municipio, instauró una segunda acción de tutela el 26 de julio de 2005 poniendo en conocimiento del juzgado que ya había interpuesto en el año 2004 otra tutela, pero que ante hechos sobrevinientes nuevamente solicitaba la protección de sus derechos fundamentales, acción en la que el ahora denunciante solicitó al juez de tutela sancionara a ALFONSO VELASCO RONCANCIO por temeridad sobre lo que no se pronunciaron los jueces que conocieron la tutela en primera y segunda instancia.

Critica la sentencia apelada de haber condenado al procesado sin elementos que permitieran inferir la mala fe o dolo del procesado, siendo atípica la conducta por él realizada en la confesión que hiciera de haber interpuesto una anterior tutela pero por hechos y derechos diferentes, a más no existir prueba que demuestre que el procesado estuvo sometido al ritual procesal del artículo 269 de la ley 600 de 2000 sobre la amonestación previa al juramento, vulnerándose lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política sobre la prohibición de la autoincriminación y la excepción al deber de declarar de que trata el artículo 267 de la ley 600 de 2000.

Después de citar algunas normas que reglamentan la tutela y que prevén la temeridad, el falso testimonio, la legalidad, señala el recurrente que la Fiscalía aplicó una analogía de la temeridad en materia de tutela con lo dispuesto sobre el falso testimonio, faltando a la legalidad; que en este delito no basta que el comportamiento mentiroso del actor en calidad de testigo realizado ante autoridad judicial o administrativa ocasione una concreta alteración del mundo circundante, como sería una decisión contraria a la realidad, sino que es necesario que tenga la capacidad de producir unos efectos jurídicos, a más que sobre la temeridad la doctrina constitucional ha explicado que lo reglado en el artículo 38 del decreto 2591 de 1991 debe ser complementado con los artículos 73 y 74 del C. de P.C. sobre las causales adicionales de temeridad o mala fe, como son, la carencia de fundamento legal para demandar, la alegación a sabiendas de hechos contrarios a la realidad, la utilización del proceso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos, la obstrucción a la práctica de pruebas y el entorpecimiento reiterado del desarrollo normal del proceso.

Refiriéndose a la antijuridicidad y a la insignificancia de la agresión o levedad del resultado, dice que no se puede tener por delito la conducta que no afecte el bien jurídico, en el caso concreto faltando la lesividad, por lo que no puede ser punible la actuación del procesado a más de la ausencia de dolo y que la presentación de la segunda acción de tutela cuestionada tiene amparo constitucional y legal siendo errónea la calificación de la conducta en los cargos formulados por la Fiscalía y la condena impuesta por el juez de primera instancia.

2.3.- La Procuradora como representante del Ministerio Público en la réplica del recurso solicitó se confirmara la decisión apelada, al considerar que está demostrado que el procesado en la segunda acción de tutela instaurada irresponsablemente desplegó el derecho que tenía de acceder a la administración de justicia, con el uso desmedido, fraudulento y abusivo de los medios de defensa judicial, incurriendo en falso testimonio al haber prestado juramento por tratarse de los mismos hechos y pretensiones expuestos en la segunda acción de tutela de los cuales ya se tenía una decisión judicial por la primera tutela que le había sido negada, incurriendo en el tipo penal del artículo 442 del C.P.

CONSIDERACIONES:

1.- Competencia.

Por la naturaleza del delito por el que se formularon cargos y por el que se condenó al acusado, el conocimiento para su juzgamiento en primera instancia está asignado a los Jueces Penales del Circuito y por el factor territorial al de Moniquirá, por haber tenido ocurrencia los hechos en la jurisdicción de aquel circuito; y la segunda instancia le corresponde a este Tribunal (arts. 77-b, 76-1, 81 del C. de P. P., ley 600 de 2000).

2.- Presupuestos procesales.

Es indiscutible que el recurso de apelación procede contra la sentencia de primera instancia y que el Acusado y el señor Defensor tienen interés jurídico para impugnarla, habiéndolo interpuesto y sustentado oportunamente, por lo que se reúnen los presupuestos de ley (arts. 191, 186, 194, 126, 128 del C. de P.P.).

Por lo demás no se observa ninguna irregularidad sustancial violatoria de garantías fundamentales de los sujetos procesales que conlleve a la declaratoria de nulidad total o parcial de lo actuado, siendo procedente resolver el recurso con una decisión de fondo.

3.- Examen y resolución de los aspectos impugnados.

Señala el artículo 204 del C. de P.P., que en la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación, lo que significa que en términos generales esta se circunscribe a los motivos señalados por los recurrentes y sobre estos se concretará la presente decisión.

Con este preámbulo, la Sala analizará lo referente a la valoración probatoria en cuanto a la conducta de falso testimonio y responsabilidad penal del procesado ALFONSO VELASCO RONCANCIO, respecto a la manifestación que hiciera en una segunda acción de tutela instaurada en contra de VICTOR JOSÉ DEL RIO PAEZ de no haber presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos, para lo cual será necesario hacer el cotejo de las dos acciones de tutela presentadas por el procesado en contra del denunciante.

3.1.- Pruebas:

En la investigación y juicio, se allegaron y practicaron las siguientes pruebas:

3.1.1.- Denuncia:

VICTOR JOSÉ DEL RIO PÁEZ, formuló denuncia el 26 de noviembre de 2007 contra ALFONSO VELASCO RONCANCIO por el punible de falso testimonio (fls. 1-3), aduciendo en resumen los siguientes hechos:

Fue elegido alcalde municipal de San José de Pare para el periodo 2004 a 2007, disputándose la elección con el señor ALFONSO VELASCO RONCANCIO, quien desde la misma fecha en que él se posesionó como Alcalde, abrió al público un establecimiento comercial (casa de lenocinio taberna bar "Los Despechados") dentro de la jurisdicción del municipio sin cumplir con los requisitos del POT y normas básicas de saneamiento ambiental, lo que conllevó a que la policía le ordenara el cierre del establecimiento previo concepto de la Secretaría de Salud de Boyacá, por lo que VELASCO RONCANCIO procedió a solicitarle a la administración municipal el permiso de suelos, el cual fue negado porque dentro del POT del municipio no se encontraba establecida la posibilidad de abrir al público un establecimiento de la naturaleza pretendida por el peticionario y mucho menos cuando el predio se encontraba ubicado en zona de desarrollo urbanístico y a tan solo 400 metros de un colegio.

La negación del permiso generó animadversión por parte de VELASCO RONCANCIO quien instauró tutela contra el municipio ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Pare con el radicado 2004-041 alegando la vulneración de derechos fundamentales con la negación del permiso de uso de suelos para el funcionamiento de su establecimiento comercial, acción de tutela que fue resuelta de manera desfavorable para el accionante en primera y segunda instancia.

Al siguiente año, VELASCO RONCANCIO instauró nuevamente la acción de tutela ante el mismo juzgado con radicación 2005-0140, por los mismos hechos y derechos de la ya tramitada con radicación 2004-041, la que igualmente fue negada en primera y segunda instancia, demostrándose el ejercicio arbitrario, temerario y de mala fe, al manifestar expresamente y bajo la gravedad del juramento que no había instaurado otra acción de tutela ante autoridad judicial alguna sobre los mismos hechos o derechos, afirmación falsa, resultando procedente iniciar la acción penal por falsedad testimonial como lo

establece la parte final del inciso segundo del artículo 37 del decreto 2591 de 1991.

Como pruebas anexó: copia del acta de su posesión como alcalde del municipio para el periodo 2004-2007 y copia de su credencial, y copias de las actuaciones surtidas en las acciones de tutela con los radicados 2004-041 y 2005-0140 en primera y segunda instancia, (fls. 4-69).

3.1.2.- Indagatoria:

ALFONSO VELASCO RONCANCIO, rindió indagatoria el 12 de abril de 2010 (fls. 85-87). Niega haber interpuesto dos tutelas por los mismos hechos y derechos, explicando lo siguiente:

La primera acción fue presentada en el año 2004 por haberle cerrado la policía el establecimiento bar "Los Despechados" que estaba funcionando, por no haber cumplido con unos requisitos de ISALUD, pretendiendo poder abrir nuevamente el establecimiento amparando el derecho al trabajo. La segunda acción la presentó en el año 2005 por hechos diferentes al ya haber cumplido lo requerido por ISALUD y haber efectuado el pago ante la Tesorería Municipal que habilitaba el funcionamiento de todo el establecimiento de comercio.

El permiso de uso de suelo fue negado por la Alcaldía Municipal, no siendo cierta la ubicación del predio razón para la negación, porque el mismo se encontraba ubicado sobre la vía carreteable de la troncal norte pudiendo funcionar allí los establecimientos de uso comercial.

Insiste en afirmar que no faltó a la verdad al haber afirmado que las tutelas eran por hechos diferentes, porque la primera la presentó porque después de estar abierto el establecimiento y estar funcionando la policía lo cerró porque le faltaba cumplir los requisitos de ISALUD, y la segunda la presentó para abrir el establecimiento por haber cumplido con el pendiente de ISALUD y haber efectuado el pago a la Tesorería Municipal.

En la audiencia pública celebrada el 21 de noviembre de 2011 (fls.196-198), el procesado reiteró no haber cometido el delito de falso testimonio

porque en la segunda tutela le manifestó al juez que ya había colocado otra acción, e insiste que los hechos fueron diferentes porque en la primera tutela cuestionó la vulneración de los derechos fundamentales con el cerramiento del establecimiento de comercio violando la ley 232 de 1995 porque dicha ley daba un término para cumplir los requisitos que faltaran antes de proceder al sellamiento del establecimiento, a más porque el comandante de policía había procedido al cerramiento sin un acto administrativo del alcalde como jefe de policía que diera la orden; y que en la segunda tutela alegó la vulneración de los derechos fundamentales al haberse incurrido en error por la administración al negarle el permiso del uso del suelo aduciendo que el predio estaba ubicado en zona urbana demostrando con la certificación de catastro que correspondía a la zona rural, y que ya había cumplido con el requisito pendiente de ISALUD, habiendo pagado los impuesto de industria y comercio, de SAICO y ACIMPRO; concluyendo que en ambas tutelas actuó de buena fe pretendiendo hacer valer sus derechos constitucionales.

3.1.3. Documentos:

1.- Fotocopia de la tarjeta alfabética de la cédula de ciudadanía 74.240.673 a nombre de ALFONSO VELASCO RONCANCIO, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil (fls.79-80).

2.- Constancia del DAS de registro de antecedentes del procesado, din anotación alguna (fl. 81).

3.- Copias de la actuación procesal en las dos acciones de tutela instauradas por el procesado ALFONSO VELASCO RONCANCIO (cuaderno de anexos), con los siguientes documentos de interés:

Escrito de acción de tutela de ALFONSO VELASCO RONCANCIO contra la Alcaldía Municipal de San José de Pare representada por el señor VICTOR JOSÉ DEL RÍO PAEZ y el Comandante de la Estación de Policía del mismo municipio AG. PEDRO VICENTE VERA OJEDA, presentada ante el Juzgado Civil del circuito de Moniquirá (Reparto) el 27 de mayo de 2004 con sus anexos.

Auto del 28 de mayo de 2004 del Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá remitiendo la acción de tutela al Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Pare por competencia, y auto del 2 de junio de 2004 de éste Juzgado admitiendo la acción de tutela y ordenando unas pruebas.

Sentencia del 16 de junio de 2004 del Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Pare, en la que se niega la tutela por no haber sido vulnerados por los demandados los derechos fundamentales reclamados por el accionante; recurso de apelación interpuesto por el accionante; y sentencia del 11 de agosto de 2004 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá mediante la cual confirmó el fallo de primera instancia.

Escrito de acción de tutela de ALFONSO VELASCO RONCANCIO contra la Alcaldía Municipal de San José de Pare representada por el señor VICTOR JOSÉ DEL RÍO PAEZ, presentada ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Pare el 5 de octubre de 2005 con sus anexos.

Auto del 5 de octubre de 2005 del Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Pare admitiendo la acción de tutela y ordenando unas pruebas.

Sentencia de tutela proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Pare el 18 de octubre de 2005, mediante la cual no se tutela los derechos fundamentales invocados por el demandante por no haber sido vulnerados por el demandado; escrito de impugnación del accionante; y sentencia del 8 de febrero de 2006 del Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá en la que se confirmó el fallo de tutela proferido en primera instancia.

3.1.4.- Hechos demostrados:

De las pruebas antes relacionadas, la Sala encuentra plenamente demostrado en concreto lo siguiente:

ALFONSO VELASCO RONCANCIO instauró dos acciones de tutela contra la Alcaldía Municipal de San José de Pare representada por el señor VICTOR JOSÉ DEL RÍO PAEZ, solo que en la primera también se demandaba al Comandante de la Estación de Policía del mismo municipio AG. PEDRO

VICENTE VERA OJEDA, en tanto en la segunda el demandado tan solo era la Alcaldía Municipal.

La primera acción fue presentada el 27 de mayo de 2004 y decidida en sentencias del 16 de junio de 2004 del Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Pare en primera instancia y sentencia del 11 de agosto de 2004 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá en segunda instancia, negándose la tutela por falta de vulneración por los demandados de los derechos fundamentales reclamados por el demandante.

La segunda tutela fue presentada después de dieciséis meses de la primera, esto es, el 5 de octubre de 2005, y decidida en sentencia del 18 de octubre de ese año del Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Pare, confirmada por el Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá en sentencia del 8 de febrero de 2006, en las que igualmente se negó la tutela por falta de vulneración de los derechos fundamentales por el demandado.

Para determinar qué hechos, pretensiones y derechos se debatieron en las dos acciones, al hacer el cotejo de los escritos de tutela y las sentencias que las decidieron, podemos encontrar demostrado lo siguiente:

a.- La primera acción de tutela, presentada el 27 de mayo de 2004.

Los hechos se concretaron al cierre del establecimiento comercial denominado taberna video “Los Despechados” ubicado sobre la carretera central finca San Jerónimo del municipio de San José de Pare, por parte de la policía del municipio el 8 de mayo de 2004, el cual había sido abierto al público el 1 del mismo mes y año, actuación con la cual consideró el accionante se le vulneraron los derechos al trabajo y a la igualdad, al ser arbitraria y contrariar la ley 232 y decreto 2150 de 1995 que señalaban los requisitos para el funcionamiento de los establecimientos comerciales y reglamentaba el procedimiento y términos para la exigencia por la Alcaldía de aquellos requisitos, lo cual fue desconocido en la actuación por parte de la policía.

Allí se pretendió la tutela de los derechos al trabajo e igualdad y que se le ordenara al Comandante de la Estación de Policía de San José de Pare

levantara inmediatamente la orden de cierre del establecimiento y permitir su normal funcionamiento, y se le ordenara al Alcalde de dicho municipio para que otorgara el permiso del uso de suelos y los horarios para el negocio, afirmando que la documentación estaba ajustada a derecho.

En la sentencia del 16 de junio de 2004, dentro de otras pruebas valoradas para fallar la tutela se hace referencia a las siguientes:

El acta del 8 de mayo de 2004 suscrita por el Comandante de Policía de San José de Pare mediante la cual se dispuso el sellamiento del establecimiento comercial "Taberna Video Los Despechados" por el término de siete días por no contar con el permiso de uso de suelos y permiso de la Alcaldía Municipal, y el acta del 14 de mayo de 2004 del mismo comandante en el que se levantaron los sellos pero se dejó constancia que el establecimiento no podía funcionar hasta que se presentara la documentación exigida por el decreto 2550 de 1995.

Las respuestas del Comandante de Policía y del Alcalde Municipal de San José de Pare al accionante de que su establecimiento no puede funcionar hasta tanto no tenga toda la documentación exigida, y que no se le concede permiso de uso de suelos por ser incompatible el establecimiento con el uso residencia y porque el predio San Jerónimo se encuentra en la zona de protección ambiental consagrada en el artículo 40 del EOT del municipio.

El Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Pare en la sentencia del 16 de junio de 2004, confirmada por el Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá en sentencia del 11 de agosto de 2004, consideró que no existía vulneración de los derechos a la igualdad y al trabajo reclamados por el accionante, al no demostrarse que otros establecimientos comerciales ubicados en el sector se encontraran en las mismas condiciones de las del accionante, el que no cumplía con los requisitos legales para su funcionamiento, y que por esta razón tampoco resultaba vulnerado el derecho al trabajo, que solo hasta después de la diligencia del levantamiento de los sellos el accionante inició algunas diligencia para obtener la totalidad de los requisitos previstos en la ley 232 de 1995 y decreto 2150 de 1995; argumentos con los cuales se negó la tutela.

b.- La segunda acción de tutela, presentada el 5 de octubre de 2005.

Los hechos se concretaron a las diligencias que realizó durante el año 2005 para obtener los permisos del funcionamiento de su establecimiento comercial siendo negados los mismos por el Alcalde Municipal.

Reseñó que el 26 de julio de 2005 la Secretaría de Salud de Boyacá Salud Ambiental realizó una visita al establecimiento señalándole que no le autorizarían el funcionamiento hasta tanto no contara con el certificado del uso de suelo de la Administración Municipal; habiendo solicitado el 27 de julio de 2005 al Alcalde y/o Planeación Municipal dicho certificado, anexándole varios documentos para tal efecto, pero que al día siguiente, el 28 del mismo mes y año, le dieron respuesta decidiendo el Alcalde negarle la autorización del uso del suelo del predio San Jerónimo argumentando se trata de un predio urbano de desarrollo urbanístico, lo cual considera el accionante era falso porque el predio estaba ubicado en zona rural y dentro del corredor vial donde se podía ejercer la actividad comercial pretendida; que la petición la reiteró el 1 de agosto de 2005 con argumentos normativos y aportando pruebas de la verdadera ubicación del predio, pero que la misma fue negada nuevamente el 10 de agosto de 2005; que el 16 de agosto de 2005 solicitó una visita a la subdirección de gestión ambiental, y que el 21 de septiembre de 2005 se efectuó inspección ocular por Corpoboyacá dejándose constancia en el acta que no se estaba violando norma alguna de carácter ambiental como erróneamente lo expresara el Alcalde.

Por lo anterior, concluyó de la reseña fáctica el accionante, que se encuentran dos conceptos disímiles sobre la ubicación del predio San Jerónimo donde funcionaría su establecimiento comercial: el emitido por el Alcalde Municipal en el que indica que se encuentra en el sector urbano y su actividad económica a desarrollarse prevista en los artículos 38 y 40 del POT, en tanto, el concepto del accionante era que el predio se encontraba en sector rural sobre un corredor vial principal de la troncal del norte y su correspondiente actividad económica a desarrollarse por ser zona comercial en el artículo 68 del POT.

Pretendió se tutelaran los derechos a la igualdad, trabajo, escoger profesión u oficio, y libre desarrollo de la personalidad, ordenándosele al

Alcalde Municipal le expidiera el certificado de uso de suelo, horarios, intensidad auditiva, para poder desarrollar la actividad económica del establecimiento comercial en el predio San Jerónimo.

Sobre el juramento señaló el accionante: *"Bajo la gravedad del juramento y conforme lo exige el Art. 37 del Decreto 2591 de 1991 manifiesto al señor Juez, que no he instaurado otra Acción de Tutela ante autoridad judicial alguna sobre los mismos hechos o derechos aquí enunciados pues ya se había presentado tutela anterior pero fue negada por falta de unos requisitos que en la actualidad ya cumplo tal y como consta tanto en los hechos como en las pruebas anexas." (fl. 8 c. anexos).*

Lo que no obra en el expediente, es la advertencia al accionante de las consecuencias penales del falso testimonio, al momento de recibirse la solicitud por el Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Pare.

La Alcaldía del municipio de San José de Pare contestó la acción de tutela mediante apoderado, solicitando la declaración por parte del juez constitucional que el accionante había actuado con temeridad, así lo señaló:

"Contrario a lo anterior, requiero igualmente al despacho para que en ejercicio de la facultad sancionatoria que le asiste, declare que el actor por vía de tutela ha actuado con temeridad, ya que expresamente manifiesta bajo la gravedad del juramento: "que no ha instaurado otra acción de tutela ante autoridad judicial alguna sobre los mismos hechos o derechos aquí enunciados", afirmación falsa ya que el mismo actor ALFONSO VELASCO RONCANCIO, en el año de 2004, por los mismos hechos y solicitando la tutela de los mismos derechos, inició acción de tutela idéntica en contra del municipio de San José de Pare, (…)" (fl. 102-103 c. anexos).

El Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Pare en la sentencia del 18 de octubre de 2005, concluyó que el Alcalde Municipal no estaba vulnerando ninguno de los derechos reclamados por el accionante al no expedir la licencia de uso del suelo, como requisito para iniciar la actividad comercial pretendida, sino que simplemente no se daban las condiciones legales para expedir tal

requisito de acuerdo al esquema de ordenamiento territorial y rechazo generalizado de la comunidad para que se desarrollaran las actividades queridas por el accionante, esto según las pruebas aportadas y que datan del año 2005; e igualmente señaló que de pruebas que se habían presentado y que habían sido objeto de otra tutela por iguales hechos, se había podido constatar que la propiedad donde pretendía desarrollar la actividad el accionante, se encontraba dentro del perímetro urbano y a menos de cinco metros de la quebrada la Fiscalía y a unos 400 metros del Colegio Departamental Horizontes; concluyó que no se advertían irregularidades ni vulneración de derechos fundamentales en la respuesta de la Alcaldía al derecho de petición del 28 de julio de 2005.

Y sobre los hechos, precisó que varios de los mismos habían sido objeto de pronunciamiento en acción de tutela anterior, es decir, no todos los hechos habían sido debatidos y decididos en la primera tutela, así lo señaló el Juzgado:

*"Es importante advertir que ya existen pronunciamientos **respecto de alguno** de los hechos de la presente acción, toda vez que se resolvió una Tutela por parte de este Juzgado, la cual fue APELADA y confirmada por el Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá, razón por la cual de conformidad con las normas legales existiría Cosa Juzgada, en el caso que nos ocupa."*

El Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá en la sentencia del 8 de febrero de 2006, confirmó el fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de San José de Pare el 18 de octubre de 2005, y afirmó que en el caso estudiado no se podía hablar de igualdad cuando ninguna de las casas de lenocinio mencionadas en el escrito de tutela eran de San José de Pare, ni estaban regidas por la normatividad vigente para ese momento; que la negativa de la administración municipal a otorgar el permiso se enmarcaba en los lineamientos constitucionales y legales, haciendo referencia al acuerdo 044 del 10 de diciembre de 2000 sobre la zona de desarrollo urbanístico.

Precisó que no era cierto que el permiso se hubiese negado porque el predio estuviera ubicado en zona urbana, sino que la negativa obedeció a la ubicación en zona de desarrollo urbanístico, en la cual estaba restringida actividades como discotecas o centros nocturnos, y que los demás derechos

reclamados tampoco fueron lesionados porque los mismos tenían sustento en la no expedición del certificado de uso de suelos.

En ninguna de estas dos sentencias se calificó la temeridad en la acción de tutela, y aunque en la sentencia de primera instancia hizo énfasis a que varios de los hechos y de las pruebas eran iguales a los debatidos en la primera acción, en ambas sentencias decidieron de fondo haciendo referencia a los hechos ocurridos en el año 2005 y pruebas aportadas en ese año, es decir, con posterioridad a la tutela decidida en el año 2004.

En consideración de esta Sala de Decisión, contrario a lo dicho por la Fiscalía y el A Quo, está demostrado que los hechos por los cuales el 5 de octubre de 2005 interpuso tutela ALFONSO VELASCO RONCANCIO contra VICTOR JOSÉ DEL RIO PÁEZ en calidad de Alcalde del municipio de San José de Pare, son diferentes a los expuestos en la tutela interpuesta el 27 de mayo de 2004 contra el mismo Alcalde y el Comandante de Policía de dicho municipio.

Si bien es cierto, en ambas tutelas pretendió el procesado ALFONSO VELASCO RONCANCIO obtener los permisos para el funcionamiento de su establecimiento de comercio denominado taberna video “Los Despechados” ubicado sobre la carretera central finca San Jerónimo del municipio de San José de Pare y específicamente que se le concediera por parte de la Administración Municipal el permiso de uso de suelos; también lo es, que en la primera tutela se cuestionó la vulneración de los derechos fundamentales por parte del Comandante de Policía y del Alcalde Municipal por el cierre del establecimiento sin acto administrativo previo, por fuera de los términos previstos en la ley y sin los requerimientos previos, todo cuando se estaban adelantando gestiones para obtener los permisos respectivos, y en las respuestas que se le diera al accionante para no permitírsele el funcionamiento del establecimiento se le manifestó que era por no tener todos los permisos de ley; en tanto, en la segunda tutela, se cuestionó específicamente la negación del Alcalde de otorgarle el permiso de uso de suelos, porque el accionante consideraba que las razones de la negativa no se ajustaban a la realidad y normatividad vigente, vulnerándose sus derechos, alegando que no era cierto que el predio en el que funcionaría el establecimiento estuviese ubicado en

zona de desarrollo urbanístico porque el mismo pertenecía al área rural dentro del corredor vial donde era viable ejercer la actividad pretendida.

Se advierte que en la primera tutela el accionante aún no había solicitado el permiso de uso de suelos, ni reunía otros requisitos exigidos por la ley para el funcionamiento del establecimiento, y como se le previno con ocasión al cerramiento para que obtuviera los permisos de ley, previo algunos trámites, ALFONSO VELASCO RONCANCIO el 27 de julio de 2005 le solicitó a la Administración Municipal de San José de Pare que le certificara el uso del suelo del predio donde funcionaría el establecimiento de comercio, pero como fue negado, reiteró su petición el 1 de agosto del mismo año aportándole argumentos normativos y pruebas de la verdadera ubicación del predio siendo negada nuevamente la solicitud el 10 de agosto de 2005, a más de haber obtenido las visitas de la Secretaría de Salud de Boyacá y de Corpoboyacá, trámites que no había realizado cuando presentó la primera acción; por lo que inconforme con la decisión de la Alcaldía Municipal y con el convencimiento que era erróneo y arbitraria la negación del permiso, interpuso la segunda tutela, debatiendo precisamente lo resuelto por el Alcalde.

En conclusión se constata por la Sala que aunque hay identidad del accionante y uno de los accionados en las dos tutelas y que el objeto de ambas hubiese sido la protección de los derechos fundamentales mediante la obtención de los permisos para el funcionamiento del establecimiento de comercio del accionante, los hechos no son iguales porque las dos tutelas versan sobre situaciones disímiles, la primera con ocasión al cerramiento del establecimiento de comercio y la segunda por la negativa del permiso o certificación de uso de suelos del predio donde funcionaría el establecimiento de comercio, con peticiones presentadas en distintas oportunidades, las primeras en el año 2004, las segundas en el año 2005, sustentadas en fundamentos jurídicos y pruebas diferentes.

Y fueron los jueces constitucionales que fallaron en primera y segunda instancia, los que llegaron a igual conclusión, que no había identidad de los hechos en las dos tutelas, razón por la cual, no rechazaron la tutela por temeridad ni impusieron las sanciones correspondientes, a pesar de haber sido discutida la misma por el accionado VICTOR JOSÉ DEL RIO PÁEZ, ahora

denunciante en este proceso, admitiéndose tan solo que algunos hechos y varias de las pruebas eran las mismas de la tutela ya fallada, pero no todos; habiendo sido el mismo accionante quien puso en conocimiento en el escrito de la segunda tutela que ya había presentado una anterior que había sido negada por falta de unos requisitos que en la actualidad ya cumplía.

3.2.- Conducta punible y responsabilidad del acusado.

A ALFONSO VELASCO RONCANCIO se le acusó y condenó en primera instancia como autor responsable del delito de Falso Testimonio.

Dicha conducta punible está descrita en el C.P., ley 599 de 2000, en el artículo 442, modificado por el artículo 8 de la ley 890 de 2004, en los siguientes términos:

"El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años".

El delito de falso testimonio es un tipo de mera conducta, de peligro, de conducta instantánea, mono-ofensivo; la acción debe ser ejecutada por quien, según la ley, puede prestar testimonio, el declarante bajo juramento; el sujeto pasivo es el Estado, siendo la Administración de Justicia el bien jurídicamente tutelado; la conducta se concreta al faltar a la verdad o callarla, total o parcialmente; pero esa acción debe realizarse en actuación judicial o administrativa, como ya se dijo, bajo juramento, y ante autoridad competente.

El delito de falso testimonio, ha sido una conducta punible que ha sufrido variación en su punibilidad, siendo cada día más grave; así en el código de 1980 la pena era de uno a cinco años de prisión, en la ley 599 de 2000 se incrementó quedando entre cuatro y ocho años, y la ley 890 nuevamente la endureció determinándola entre seis y doce años, y a pesar que este nuevo incremento fue estimado al adoptarse un sistema de oralidad en el procedimiento penal, fue el mismo legislador el que estableció la vigencia a partir de la fecha de expedición de la norma, 7 de julio de 2004, cuando señaló en su artículo 15:

"La presente ley rige a partir del 1º de enero de 2005, con excepción de los artículo 7º a 13, los que entrarán en vigencia en forma inmediata."

Como se dijo, la primera instancia consideró del recaudo probatorio, que ALFONSO VELASCO RONCANCIO faltó a la verdad en la manifestación que hiciera en la segunda tutela interpuesta contra VICTOR JOSÉ DEL RIO PÁEZ en calidad de alcalde del municipio de San José de Pare, de haber presentado una acción de tutela anterior que le había sido negada por falta de unos requisitos que ya cumplía; porque concluyó el a quo, que en las dos tutelas se trataba de los mismos hechos, partes, derechos y pretensiones, siendo temeraria la segunda acción al no tener elementos nuevos que variaran la situación inicial, incurriendo en el delito de falso testimonio en aquella aseveración que hiciera bajo la gravedad del juramento.

Acusado y Defensor cuestionaron la sentencia de primer grado, al considerar que fue errónea la valoración que de la prueba se hiciera, toda vez que la misma demostraba que las dos acciones de tutela instauradas por el procesado no se trataban de los mismos hechos, al existir situaciones sobrevinientes, no habiendo faltado a la verdad en la confesión que hiciera de haber interpuesto acción de tutela anterior pero por hechos diferentes, siendo atípica la conducta, y en gracia de discusión, el Defensor la calificó como insignificante ante la falta de lesividad, razones para pedir la revocatoria de la condena.

Como se endilga el falso testimonio ocurrido en la acción de tutela interpuesta por el procesado el 5 de octubre de 2005 de la que se calificó por la Fiscalía y la primera instancia en el proceso penal, la temeridad en la conducta del accionante, en primer lugar debemos precisar las normas que rigen la materia.

El artículo 38 del Decreto Ley 2591 de 1991, respecto a la temeridad en la acción de tutela, señala lo siguiente

"ARTICULO 38. ACTUACIÓN TEMERARIA. Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la

misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.

El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar."

Igualmente, la actuación temeraria tiene fundamento en el artículo 37 del Decreto antes mencionado, el cual en el segundo inciso prescribe:

"ARTICULO 37. PRIMERA INSTANCIA. (…)

El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio."

Jurisprudencialmente se ha definido la actuación temeraria en tutela, y se han determinado sus elementos que la configuran, en los siguientes términos:

"*La jurisprudencia constitucional ha estimado que la actuación temeraria es aquella que vulnera el principio constitucional de la buena fe y, por tanto, ha sido entendida como "la actitud de quien demanda o ejerce el derecho de contradicción a sabiendas de que carece de razones para hacerlo, o asume actitudes dilatorias con el fin de entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso." En estas circunstancias, la actuación temeraria ha sido calificada por la Corte como aquella que supone una "actitud torticera", que "delata un propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa", que expresa un abuso del derecho porque "deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción", o, finalmente, constituye "un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia". La temeridad es una situación que debe ser cuidadosamente valorada por los jueces con el fin de no incurrir en situaciones injustas. Por esta razón, la Corporación ha estimado que* ***la conducta temeraria debe encontrarse plenamente***

***acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la acción de tutela**."*[1] (Se resalta fuera de texto).

"La Corte ha sostenido que para la configuración de una actuación temeraria deben presentarse de forma concurrente los siguientes elementos: i) identidad de partes, ii) identidad de causa petendi, iii) identidad de objeto y que se haya presentado nuevamente la tutela, iv) sin motivo expresamente justificado. Caso en el cual procede rechazar o declarar la improcedencia de la acción e imponer las sanciones correspondientes. Empero este Tribunal Constitucional ha resaltado eventos en los que, pese a existir identidad de partes, identidad de pretensión e identidad de objeto, no se configura la actuación temeraria toda vez que la misma se funda 1) en las condiciones del actor que lo coloca en estado de ignorancia o de especial vulnerabilidad o indefensión en que actúa por miedo insuperable o la necesidad extrema de defender sus derechos, 2) en el asesoramiento equivocado de los profesionales del derecho, 3) en nuevos eventos que aparecen con posterioridad a la acción o que se omitieron en el trámite de la misma u otra situación que no se hubiere tomado como fundamento para decidir la tutela anterior que involucre la necesidad de protección de los derechos, y 4) en la presentación de una nueva acción ante la existencia de una sentencia de unificación de la Corte Constitucional. Es más, este Tribunal ha dejado sentado en su doctrina que como el ejercicio de la acción de tutela es un derecho fundamental, las restricciones que se apliquen al mismo con el objeto de proteger el adecuado funcionamiento de la administración de justicia, deben estar orientadas por la refrendación de que el accionante ha desplegado una conducta de mala fe, o de tipo doloso en la interposición de las acciones de tutela, de lo contrario no habrá lugar a imponer sanción alguna por temeridad."[2]

Igualmente la jurisprudencia constitucional ha diferenciado la temeridad con la cosa juzgada, aunque en determinados momentos sean coincidentes los dos conceptos, para lo cual le ha dado la competencia exclusiva al juez de tutela de calificar la actuación según el caso puesto a su consideración, a fin de determinar la procedencia de las sanciones a que haya lugar, todo esto, entendido en que la temeridad que amerita sanción debe ser aquella amañada

[1] Corte Constitucional. Sentencia T-655 del 11 de noviembre de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
[2] Corte Constitucional. Sentencia T-169 del 11 de marzo de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa; reiterado entre otras, en sentencia T-349 del 18 de junio de 2013, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

y de mala fe, por eso el artículo 38 del decreto 2591 de 1991 debe ser analizado en concordancia con los artículos 72, 73 y 74 del C. de P.C., este último que específicamente sobre la temeridad o mala fe señala:

"ARTÍCULO 74. TEMERIDAD O MALA FE. Modificado por el artículo 1, numeral 30 del Decreto 2282 de 1989. Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste.

2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.

3. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a éste o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.

4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.

5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso."

Sobre la actuación temeraria y cosa juzgada en materia de tutela, y la competencia del juez de tutela para determinar si existe temeridad objeto de sanción, la jurisprudencia ha dicho:

"*La Sala precisa que promover sucesivas o múltiples solicitudes de amparo en procesos que versen sobre un mismo asunto pueden generar las siguientes situaciones: "i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre una causa decidida previamente en otro proceso de la igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y iii) los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la triple identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada". En suma, la*

Corte concluye que las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad pretenden evitar la presentación sucesiva, además de múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que estos conceptos cuentan con diferencias claras, que los llevan a configurarse como elementos disímiles. Sin embargo, ello no es impedimento para que en un caso concreto confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. A partir de esa complejidad ***, el juez constitucional*** *es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia."*[3] (Se resalta fuera de texto).

Cuando existe temeridad por mala fe, sujeta a sanción, el juez de tutela debe condenar en costas aplicando el artículo 25 del mismo decreto 2191 de 1991, que dice: "*Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad",* a la vez que se debe compulsar copias para la investigación del delito de falso testimonio por haber manifestado bajo la gravedad del juramento no haber presentado otra tutela por los mismos hechos y derechos, siempre y cuando al momento de recibir la solicitud se le hubiese advertido al peticionario sobre las consecuencias penales del falso testimonio, según lo dispuesto en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991.

En resumen, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha diferenciado tres situaciones distintas de lo previsto sobre la temeridad en el artículo 38 del decreto 2591 de 1991: i) la temeridad que da lugar a sanción, ii) la existencia de temeridad pero con exoneración de sanción al accionante, y iii) la inexistencia de temeridad, y que es al juez constitucional es a quien le corresponde hacer el análisis correspondiente en el caso particular con fundamento en lo previsto en el artículo 37 del mismo decreto y el principio de la buena fe, en concordancia con la normatividad del código de procedimiento civil, para declarar la improcedencia de la acción de tutela y de manera concomitante imponer las sanciones si en realidad existe temeridad que da lugar a sanción[4].

De la temeridad que da lugar a sanción, que es lo que nos interesa para el análisis del caso particular, es enfática la jurisprudencia en señalar que a pesar de concurrir en un caso concreto los tres elementos de identidad de las

[3] Corte Constitucional. Sentencia T-185 del 10 de abril de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
[4] Sobre el particular se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-310 del 4 de abril de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo, reiterando la línea jurisprudencial sobre el tema.

partes, identidad de la causa petendi, y la identidad de objeto, lo que conducirá a rechazar la tutela, el juez constitucional *"tiene la obligación dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción"*[5].

De la competencia exclusiva del juez de tutela o constitucional para calificar la temeridad de la tutela, también la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal se pronunció recientemente en los siguientes términos:

"Se aclara que en virtud del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, ***corresponde privativamente al juez constitucional de tutela****, evaluar la presunta actuación temeraria y por tanto, adoptar, en principio, los correctivos pertinentes.* (Se resalta fuera de texto).

Destáquese que la autoridad competente, en este caso la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el fallo de primera instancia, tras analizar los alegatos de la accionada, llegó a la conclusión de la inexistencia de la supuesta temeridad de la acción.[6]

Aclarado lo anterior, es jurídicamente inaceptable que esa autoridad administrativa, con el objetivo de disuadir a los peticionarios de futuras solicitudes, en forma precipitada o al margen de la evaluación del caso, cuya competencia está asignada exclusivamente al juez constitucional, invoque las consecuencias penales del falso testimonio indicadas en el artículo 37 ibídem."[7]

Con el anterior preámbulo, la Sala de Decisión analizará si la conducta de ALFONSO VELASCO RONCANCIO puede ser calificada como típica por el delito de falso testimonio, en la segunda tutela interpuesta contra el denunciante VICTOR JOSÉ DEL RIO PÁEZ, en calidad de alcalde municipal de San José de Pare, y si existe prueba de su responsabilidad penal por dicho ilícito.

---

[5] Sentencia T-310 del 4 de abril de 2008 antes citada.

[6] *"La Sala constató que las tres demandas de tutela no son idénticas, pues si bien hay identidad de partes y aunque el objeto de todas es la protección del derecho de petición, los hechos no son iguales porque todas versan sobre peticiones presentadas en distintas oportunidades, por lo cual no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada.*
La Sala llama la atención de la accionada porque si considera que las tres peticiones presentadas son iguales, debe explicar bien en la respuesta dada a los usuarios para no generar dudas, por ejemplo se advierte que los accionantes en la última petición manifestaron su descontento con la toma de decisiones administrativas, insistiendo en requerir, una vez más, información que se encuentra en los archivos de esa entidad". Fls. 143-144

[7] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Tutela del 12 de mayo de 2015, Rad. 79441, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Como se dijo, quedó demostrado que ALFONSO VELASCO RONCANCIO interpuso dos tutelas contra VICTOR JOSÉ DEL RIO PÁEZ, una el 27 de mayo de 2004 y la otra el 5 de octubre de 2005, cuyo objetivo era obtener los permisos para el funcionamiento de su establecimiento de comercio denominado taberna video "Los Despechados" ubicado sobre la carretera central finca San Jerónimo del municipio de San José de Pare y específicamente que se le concediera por parte de la Administración Municipal el permiso de uso de suelos, y también se demostró que en el escrito de la segunda tutela dijo bajo la gravedad de juramento prestado con la presentación, que no había instaurado otra acción por los mismos hechos o derechos, que ya había presentado tutela anterior pero que había sido negada por faltarle algunos requisitos que consideró ya estaban cumplidos para el momento de presentar la segunda acción.

Pero igualmente la Sala en la valoración de la prueba encontró demostrado que los hechos de la segunda acción de tutela interpuesta por el procesado, son diferentes a los expuestos en la primera tutela, al haberse cuestionado en esta la vulneración de los derechos fundamentales por parte del Comandante de Policía y del Alcalde Municipal por el cierre del establecimiento sin acto administrativo previo, por fuera de los términos previstos en la ley y sin los requerimientos previos, mientras que en aquella se discutió específicamente la negación del Alcalde de otorgarle el permiso de uso de suelos, considerando el accionante que las razones de la negativa no se ajustaban a la realidad y normatividad vigente, que la decisión era arbitraria, habiendo presentado peticiones distintas a la de la primera acción sustentadas en fundamentos jurídicos y pruebas diferentes.

Y lo más importante, es que se probó sin dubitación alguna, que los jueces constitucionales en primera y segunda instancia, quienes tenían la competencia exclusiva para calificar la temeridad de la tutela, como lo ha reiterado la jurisprudencia; al fallar la segunda tutela instaurada por el procesado, a pesar de que el ahora denunciante al contestar la acción constitucional alegara la temeridad, también llegaron a la conclusión que no había identidad de los hechos en las dos tutelas, razón por la cual, no rechazaron la tutela por temeridad ni impusieron las sanciones

correspondientes, admitiéndose tan solo que algunos hechos y varias de las pruebas eran las mismas de la tutela ya fallada y que había cosa juzgada sobre los mismos, pero que no todos los hechos eran iguales.

Por lo anterior, resulta trascendente la diferencia que ha hecho la jurisprudencia sobre cosa juzgada y temeridad en materia de tutela, y la distinción de las situaciones que se pueden presentar sobre la regulación de la temeridad. En el caso de estudio, los jueces constitucionales competentes para calificar la situación en la acción de tutela puesta a su consideración, concluyeron que había cosa juzgada frente a unos hechos, declararon improcedente la tutela por falta de vulneración de los derechos fundamentales reclamados, pero no calificaron la actuación del accionante ALFONSO VELASCO RONCANCIO como temeraria y mucho menos la que da lugar a sanción con fundamento al artículo 37 del decreto 2591 de 1991 y el principio de la buena fe, por lo que ninguna sanción le impusieron al accionante.

En consideración de esta Sala de Decisión, erróneamente la Fiscalía y la Juez de primera instancia en el proceso penal, calificaron la actuación del procesado ALFONSO VELASCO RONCANCIO como temeraria, competencia que se reitera era del juez de tutela.

A más de no haber sido calificada como temeraria la actuación del procesado por el juez competente, tampoco puede ser calificada como ilícita por falso testimonio, precisamente porque se demostró que ALFONSO VELASCO RONCANCIO no faltó a la verdad cuando declaró en la acción de tutela interpuesta el 5 de octubre de 2005 que no había presentado otra acción de tutela por los mismos hechos o derechos; por el contrario, puso en conocimiento del juez constitucional que ya había presentado tutela anterior que le había sido negada porque le faltaba unos requisitos, pero que para ese momento los cumplía como lo demostraba en los hechos allí expuestos y pruebas anexas, lo cual fue reconocido por los jueces al fallar la tutela declarándola improcedente por falta de vulneración de los derechos fundamentales, pero admitiendo que se presentaron hechos y pruebas distintos a los de la primer tutela, por lo que se pronunciaron de fondo sobre lo pedido por el accionante y resuelto por el accionado en el año 2005, con argumentos y pruebas distintas a las discutidas en el año 2004 cuando se presentó la primera

acción de tutela, como también lo concluyó esta Sala al hacer el cotejo de la situación fáctica expuesta y decidida en las dos acciones constitucionales.

De otra parte, también se probó que en la actuación no obrara la advertencia al accionante de las consecuencias penales del falso testimonio por parte del Juez Promiscuo Municipal de San José de Pare al momento de recibir la solicitud, como lo ordena el artículo 37 del decreto 2591 de 1991.

Dicha prevención, no solamente constituye un formalismo, sino que a más de ser exigida legalmente por el artículo 37 del decreto en cita, también lo ha previsto el código de procedimiento penal en su artículo 269 de la ley 600 de 2000, en los siguientes términos:

"Artículo 269. Amonestación previa al juramento. Toda autoridad a quien corresponda tomar juramento, amonestará previamente a quien debe prestarlo acerca de la importancia moral y legal del acto y las sanciones penales establecidas contra los que declaren falsamente o incumplan lo prometido, para lo cual se leerán las respectivas disposiciones legales. Acto seguido se tomará el juramento."

Lo anterior tiene como finalidad, que quien preste el juramento tenga pleno conocimiento de que en caso de faltar a la verdad incurre en el delito falso testimonio, el compromiso de decir la verdad so pena de incurrir en la conducta punible, por tanto, la jurisprudencia ha señalado que la falta absoluta de juramento y desde luego, la ausencia de amonestación previa, tiene como efecto adverso la imposibilidad de investigar a quien declaró falsamente[8].

Por lo anterior, la ausencia de advertencia al procesado ALFONSO VELASCO RONCANCIO al momento de presentar la solicitud de tutela el 5 de octubre de 2005, sobre las consecuencias penales del falso testimonio, a pesar de haber hecho la manifestación bajo juramento de no haber presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos, también daría lugar a la atipicidad de la conducta de falso testimonio.

[8] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 25 de febrero de 2004, rad. 21587, reiterado en sentencia del 28 de mayo de 2008, rad. 22476.

Con los anteriores argumentos, se puede concluir que le asiste razón al Acusado y a su Defensor como recurrentes, cuando alegan que ALFONSO VELASCO RONCANCIO no cometió el delito por el cual se le formularon cargos y se le condenó en primera instancia, porque no faltó a la verdad en la manifestación que hiciera en la tutela interpuesta el 5 de octubre de 2005 en contra de VICTOR JOSÉ DEL RIO PÁEZ en calidad de alcalde municipal de San José de Pare de no haber interpuesto otra tutela por los mismos hechos y derechos, no incurriendo en el delito de falso testimonio, por lo que se revocará la sentencia apelada y en su lugar se le absolverá al acusado.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el cinco (05) de septiembre de dos mil doce (2012) por el Juzgado Penal del Circuito de Moniquirá; en su lugar, se **ABSUELVE** a ALFONSO VELASCO RONCANCIO de los cargos formulados en su contra por el delito de Falso Testimonio, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- Contra esta providencia procede el recurso extraordinario de casación. Oportunamente regresen las diligencias al Despacho de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

JOSE ALBERTO PABON ORDOÑEZ
Magistrado

CANDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS
Magistrada

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ
Secretario