

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN - Atipicidad del Hecho Investigado. / PREVARICATO POR ACCIÓN – No se configura cuando la decisión cuestionada es razonable o está dentro de las conclusiones plausibles. / ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS - Procede al constatarse la Atipicidad Objetiva del Hecho Investigado – Hay lugar a decretar la preclusión de la investigación con base en la causal 4ª del art 332 del CPP, ante la ausencia de uno de los elementos normativos del delito de Prevaricato por Acción, en tanto se evidencia que la posición asumida por la procesada no fue manifiestamente contraria a la ley, ni que la decisión proferida resultó abiertamente irracional, arbitraria, amañada o grotescamente ajena a los lineamientos jurídicos con los que contaba al momento de tomarla, por lo que su conducta es objetivamente atípica; por lo que se precisa que antes de haber solicitado la preclusión, el ente instructor debió archivar directamente el proceso, conforme el art 79 del CPP y la sentencia C-1154 de 2005. /

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO SALA DE DECISION PENAL

| | |
|---------------------|--------------------------------------|
| Auto N°: | 065 |
| Radicación: | 520016099032-2014-08733-1 N.I. 16189 |
| Indiciada: | XX |
| Delito: | PREVARICATO POR ACCIÓN |
| Acta de Aprobación: | 116 del 22de octubre del 2018 |

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, ocho (8) de noviembre del dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre la solicitud de preclusión de la investigación que ha extendido el Fiscal Sexto Delegado ante el Tribunal Superior de Pasto, Dr. José Antonio Álava Viteri, en beneficio de la doctora XX, por sus actuaciones como Juez Civil del Circuito ... de Pasto –Nariño-.

HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

1.- Aparece en la foliatura que el día 25 de mayo de 1991 el señor NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN se unió en matrimonio con la señora FABIOLA ROSALBA VILLOTA DE PAREDES, relación que se

mantuvo hasta el día 17 de noviembre de 2002 cuando falleció el primero de los citados.

2.- Antes de contraer estas nupcias, el señor NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN había adquirido una variedad de bienes inmuebles, en diferentes partes del país, entre ellos algunos en jurisdicción territorial de Puerto Asís (Putumayo), ubicados en el paraje llamado “Cocaya”, los cuales decidió englobar mediante escritura pública 1467 del 31 de marzo de 1992, corrida en la notaría 2ª de Pasto (Nariño) y registrada debidamente en el folio de matrícula inmobiliaria número 442-24641 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Puerto Asís (Putumayo), respecto del cual suscribió contrato de compraventa con sus hijos MANUEL ENRIQUE VÁSQUEZ ERASO y DIEGO JAVIER VÁSQUEZ ERASO, a través de la Escritura Pública número 388 del 7 de febrero de 1997, corrida en la Notaría Segunda de Pasto.

3.- Ante el fallecimiento del señor NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN y la necesidad de la cónyuge supérstite de reconstruir el patrimonio de la sucesión, la señora FABIOLA ROSALBA VILLOTA PAREDES promovió procesos ordinarios de simulación de ventas de inmuebles que su extinto esposo le había hecho a varios de sus hijos, para que se declarara que en realidad de verdad se trataba de meras donaciones; entre ellos se encuentra el proceso radicado 52001-31-03-002-2001-00053-00, surtido en contra de los señores MANUEL ENRIQUE VÁSQUEZ ERASO y DIEGO JAVIER VÁSQUEZ ERASO, el cual fue decidido en primera instancia mediante sentencia del 21 de enero de 2014 suscrita por la titular del Juzgado Civil del Circuito..., doctora XX en el cual se ***“Declara configurada la falta de legitimación por causa activa, por falta de interés jurídico concreto para demandar la simulación”*** y se condena a la señora VILLOTA PAREDES a pagar

costas en favor de los demandados hermanos VÁSQUEZ ERASO, lo mismo que se fija el valor de \$5'000.000 como agencias en derecho.

Esta decisión cobró ejecutoria formal y material, en virtud que el apoderado judicial de la parte actora, a la postre su hermano doctor SIGIFREDO BAYARDO PAREDES VILLOTA, no interpuso recurso alguno en su contra, dentro de los términos legales.

4.- Enterada la señora FABIOLA ROSALBA VILLOTA PAREDES del fracaso de su acción civil, acudió a la acción constitucional de tutela para atacar la decisión emitida el 21 de enero de 2014 por el Juzgado Civil del Circuito ... de Pasto, aduciendo que se constituía en una “Vía de Hecho”, porque la funcionaria que lo expidió se había extralimitado en sus poderes al fallar reconociendo la “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA*” ya que estos hechos y pretensiones no habían sido solicitados en término oportuno por la parte demandada. También puso de relieve que paralelamente había presentado otra demanda ordinaria de simulación de contrato, cuyo radicado correspondía al 2012-0212-00 del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, en el cual se había tomado similar decisión adversa a sus pretensiones en primera instancia (*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA*), pero que al ser impugnada fue revocada en su integridad por la Sala Civil-Familia de éste Tribunal, con ponencia del H.M. Franklin Torres Cabrera, lo que ha permitido que el proceso siga su curso normal, de suerte que debía aplicarse por ella el principio constitucional de igualdad.

Esta acción de amparo constitucional fue despachada negativamente (denegada) mediante sentencia del 11 de abril de 2014, por la Sala Civil – Familia de éste Tribunal, con ponencia del Honorable Magistrado GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVÁEZ, al establecerse

que la actora FABIOLA VILLOTA Viuda de VÁSQUEZ no había interpuesto por intermedio de su apoderado judicial, dentro de los términos legales, los recursos ordinarios contra la decisión que resultó adversa a sus pretensiones, de suerte que por razón de la subsidiariedad del amparo constitucional no resultaba procedente la tutela interpuesta. También se indicó textualmente que *“...de la lectura de la sentencia que motivó la presentación de la presente acción, a juicio de la Sala no se observa que la misma haya obedecido a un criterio caprichoso del Juez, en abierto desconocimiento de los derechos fundamentales de la señora actora, pues no se encuentra configurada ninguna de las causales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, destacándose que más allá del acuerdo o desacuerdo en que esta corporación pueda estar respecto del fallo allí tomado, no es del raigambre de la justicia constitucional inmiscuirse en los asuntos que le competen a los falladores en ejercicio de su jurisdicción y precisa competencia”*.

5.- Finalmente, el 7 de octubre del 2014 la señora FABIOLA ROSALBA VILLOTA PAREDES viuda de VÁSQUEZ formalizó denuncia penal en contra de las señoras ... y ..., quienes actuaron dentro de este asunto como Juezas .. Civil del Circuito y Civil del Circuito ... de Pasto, respectivamente, como probables autoras de los delitos de PREVARICATO POR ACCIÓN Y PREVARICATO POR OMISIÓN, establecidos en los artículos 413 y 414 del Código Penal. En su denuncia no aparece argumento fáctico, jurídico o probatorio alguno tendiente a demostrar la existencia de la eventual prevaricación omisiva, y por eso al parecer no se ha ahondado en la temática por la Fiscalía, pero respecto al Prevaricato por Acción se consigna lo siguiente:

Que en su condición de cónyuge, de quien en vida respondió al nombre de NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN, radicó el 5 de marzo del 2012, por intermedio de su consanguíneo SIGIFREDO BAYARDO PAREDES VILLOTA, actuado como su apoderado judicial, un proceso ordinario de

simulación de contrato en contra de los señores MANUEL ENRÍQUEZ VÁSQUEZ ERASO y DIEGO JAVIER VÁSQUEZ ERASO, el cual fue radicado bajo el No 2012-00053 y correspondió su trámite al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto. Pretendía con esta demanda que se declarara la simulación relativa de un contrato de compraventa sobre inmueble celebrado entre su difunto esposo NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN y sus dos hijos, que consta en la escritura pública 388 del 7 de febrero de 1997 corrida en la Notaría Segunda del Círculo de Pasto, el objeto es un predio ubicado en el municipio de Puerto Asís –P- que soporta el registro de matrícula inmobiliaria No 442-24541 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Puerto Asís.

Refiere que el bien transferido perjudica gravemente el activo del proceso de sucesión de su difunto esposo, el cual cursa en el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto con el radicado 2003-00029, en el cual funge como legítima esposa, legataria de testamento abierto que fue realizado mediante escritura pública 1975 del 11 de septiembre del 2001, protocolizado en la Notaría Segunda del Círculo de Pasto y beneficiaria del 25% de la libre disposición, razón muy clara para ostentar legitimación en la causa en el proceso simulatorio.

Sobre el trámite del proceso ordinario de simulación, indica que fue admitida la demanda el 16 de marzo del 2012, y que los demandados presentaron el correspondiente escrito de contestación, mediante apoderado judicial, sin que hubieran propuesto excepciones. Precisamente con auto del 31 de agosto de 2012, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto resolvió tener por contestada la demanda, indicando que como no se habían propuesto ninguna clase de excepciones había lugar a señalar la fecha del 19 de septiembre del 2012, a las 02:30 pm, para efectuar la audiencia pública del artículo 101 del C. de P. C. En esa fecha se realizó interrogatorio de parte a los

demandados MANUEL ENRIQUE y DIEGO JAVIER VÁSQUEZ ERASO, y se consignó que como no se habían propuesto excepciones previas por la parte demandada, de las que debieran resolverse en esa audiencia, y al no advertirse motivos de invalidez del proceso, ni falencias que impidieran eventualmente decidir el litigio, se fijaba la controversia, sin perjuicio de las medidas de saneamiento que en oportunidad posterior pudieran adoptarse.

Surtida la etapa probatoria, con la recepción de testimonios y el decreto de inspección judicial con ayuda de perito, se abrió paso la etapa de alegatos de conclusión, dentro de la cual el apoderado de la parte demandada presentó escrito el 8 de mayo de 2013 invocando, entre otras cosas, falta de legitimación en la causa por activa, pronunciando este que -según su leal saber y entender- corresponde al trámite de excepciones previas, mismas que deben presentarse junto y en escrito separado con el de la contestación de la demanda, pero que no puede alegarse luego de haberse cumplido el término para ello.

Se indica que el asunto con radicado 2012-00053 de simulación pasó a un Juzgado Civil del Circuito..., despacho que luego de avocar conocimiento profirió decisión el 21 de enero de 2014 declarando configurada la falta de legitimación en la causa por activa, por falta de interés jurídico concreto para demandar la simulación, y condenándola a pagar las costas del proceso en favor de los hermanos MANUEL y DIEGO VÁSQUEZ ERASO, lo mismo que fijando la suma de \$5.000.000 como agencias en derecho.

Se precisa que esta decisión era susceptible de interposición del recurso de apelación, pero este medio impugnativo no fue presentado por su apoderado (doctor Sigifredo Bayardo Paredes Villota) por

razones de fuerza mayor (enfermedad), lo que produjo que aquel auto quedara en firme.

También se informa en la denuncia que como su fallecido esposo NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN había suscrito otras escrituras públicas de compraventa de varios de sus predios a sus hijos, reservándose en todos ellos siempre el usufructo, para la época estaba adelantando otro proceso ordinario de simulación en contra del señor MIGUEL FERNANDO VÁSQUEZ ABADÍA, radicado bajo el No 2012-00212 que cursaba en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, y referido a unas compraventas simuladas mediante escrituras públicas No 2825 y 2826 del 3 de julio de 1997, suscritas en la Notaría Segunda del Círculo de Pasto. Esta demanda fue admitida formalmente, pero en la contestación de la misma el apoderado defensor sí propuso la excepción previa titulada *“falta de legitimación en la causa por activa”*, la cual fue fallada por el citado Juzgado el 25 de julio de 2013, fecha en la cual se profirió sentencia anticipada que declaró probada la citada excepción, por falta de interés jurídico concreto para demandar la simulación y se la condenó al pago de costas y agencias en derecho.

Indica que se interpuso en tiempo el recurso de apelación contra la sentencia citada, cuyo trámite correspondió a la Sala Civil Familia del Tribunal de Pasto, en donde con ponencia del Magistrado Franklin Torres Cabrera se profirió fallo de segunda instancia el 10 de febrero del 2014, en el cual se revoca la sentencia del 25 de julio de 2013 y *“se declara no probada la excepción previa de falta de legitimación en la causa por activa”*, se condena en costas de ambas instancias al demandado MIGUEL FERNANDO VÁSQUEZ ABADÍA, en favor de FABIOLA VILLOTA viuda de VÁSQUEZ, indicándose que para la liquidación deben incluirse agencias en derecho de primera instancia por equivalente a 3 SMLMV y las del recurso de alzada en 1 SMLMV.

Refiere que del análisis realizado por el Tribunal se demuestra que a ella le asiste facultad para impetrar las acciones de nulidad (simulación) sobre los bienes que su fallecido esposo transfirió a sus hijos, de suerte que el fallo proferido por el Juzgado Civil del Circuito ... de Pasto el 21 de enero de 2014 es contrario a derecho, y como tal constitutivo de prevaricato por acción, si se tiene en cuenta que no han sido adecuadamente aplicadas las normas sobre legitimación en la causa, porque la funcionaria actuó a sabiendas de que había un fallo del superior por un caso similar y casi idéntico, el cual amparaba sus derechos, motivo por el cual debía adelantarse la investigación penal correspondiente.

6.- Dicha denuncia correspondió tramitarla al Fiscal JOSÉ ANTONIO ÁLAVA VITERI, como titular de la Fiscalía Sexta Delegada ante Tribunal, quien depreca ante ésta Corporación Judicial la preclusión de la investigación, conforme la causal contenida en el artículo 332 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal, aduciendo atipicidad del hecho investigado.

En ese sentido, durante la realización de la audiencia de sustentación de la solicitud de preclusión, advirtió el Fiscal que si bien la señora FABIOLA VILLOTA PAREDES denunció penalmente a dos (2) juezas, en su despacho fue archivada la investigación contra una de ellas y por eso ha radicado preclusión exclusivamente en favor de la señora XX, por su actuación como Juez Civil del Circuito ... de Pasto.

Refirió el Fiscal que la demanda presentada por la señora FABIOLA VILLOTA viuda de VÁSQUEZ, en contra de la citada Juez..., refiere que la decisión prevaricadora se ha asumido dentro de un proceso ordinario de simulación, en el que pretendía demostrar que una compraventa realizada por su ya extinto esposo NICANOR VÁSQUEZ

MONDRAGÓN, en favor de dos de sus hijos, en realidad constituía una donación, de suerte que el negocio jurídico debía reversarse porque si no se afectaría la masa herencial del proceso sucesorio.

Indicó que a ese trámite se le hicieron cuestionamientos por la denunciante, como que se reconoció la falta de legitimación en la causa por activa, cuando la parte demandada no la había postulado como excepción previa, amen que en otro proceso similar el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en su Sala Civil Familia, ya había declarado que la señora FABIOLA VILLOTA viuda de VÁSQUEZ tenía interés real para demandar las simulaciones.

Para fundamentar la petición de preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta, refiere el Fiscal que la sentencia que puso fin al proceso simulatorio en momento alguno fue apelada por la parte demandante, y que además la interesada presentó posteriormente acción de tutela, en donde se alegaba violación de garantías fundamentales, sobretodo la del debido proceso (vía de hecho), pero que también fue fallada negativamente para los intereses de la viuda de NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN.

Sobre el tema de fondo, que es el reconocimiento que la Juez hizo de la falta de legitimación en la causa por activa, precisa que si bien la parte demandada no presentó la excepción previa respectiva, sí tocó este tema en el alegato de conclusión, que por ello fue cobijado el tema en la sentencia. Que además la decisión no es abiertamente contraria a la ley, porque la Juez XX hizo un análisis relacionado con que los bienes base de la compraventa que se dice simulada habían sido adquiridos por el señor NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN antes de celebrar el matrimonio con la denunciante, luego eran bienes propios que no ingresaban a la sociedad conyugal, de suerte que la

Juez estimó que la demandante no tenía interés en perseguirlos en el trámite ordinario de simulación.

El Fiscal adujo que estos criterios jurídicos pudieran ser discutibles, pero comoquiera que tienen racionalidad jurídica y se basan en realidades probatorias, entonces la decisión no resulta manifiestamente ilegal, ni es caprichosa, ni es abiertamente desafortunada, porque no desconoce principios legales.

Indicó que si bien la Sala Civil Familia de este Tribunal revocó una decisión similar sobre falta de legitimación en la causa por activa, en un proceso tramitado en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, este fallo fue emitido el 10 de febrero de 2014, de suerte que no se conocía o no había precedente alguno por respetar por la Jueza denunciada, porque la sentencia que se tilda de prevaricadora o de manifiestamente ilegal es del 21 de enero del 2014.

Indica que el tema objeto de debate (legitimación en la causa) es bastante complejo y denso, lo cual impide concluir que la decisión asumida sea manifiestamente ilegal.

Remató indicando que no hay elementos de juicio para establecer que la Juez XX hubiere actuado con dolo, ya que conoció el asunto exclusivamente en sede de descongestión, de suerte que no fue ella quien surtió el trámite en la primera instancia, y que su decisión incluso ha sido objeto de análisis en sede de tutela, la cual se declaró improcedente porque el apoderado de la parte demandante no tuvo a bien apelar el fallo que le fue adverso a sus pretensiones.

Con fundamento en lo anterior deprecó la preclusión del asunto seguido contra la señora XX , por la causal 4 del artículo 332 procesal penal, referida a la demostración de la atipicidad de la conducta.

Fue escuchado en la audiencia el doctor SIGIFREDO BAYARDO PAREDES VILLOTA, quien actuó en representación de la víctima. Se opuso al decreto de preclusión, indicando que se había presentado denuncia por los delitos de prevaricato por acción y por omisión, y que sobre este último no había presentado manifestación alguna el Fiscal. Indicó que su poderdante es legataria, heredera y que además optó por gananciales en la sucesión de su extinto esposo NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN, y que por eso no acepta que se declare que no tiene interés para demandar la simulación de los contratos celebrados por éste con sus hijos.

Afirma que los delitos de prevaricato son de resultado, y que la Juez al dictar el fallo declarativo de falta de legitimación en la causa por activa incurrió en estas tipologías, dado que la decisión es manifiestamente ilegal, por ello es típica, antijurídica y emitida con culpabilidad, porque se apartó del artículo 230 de la constitución, el cual establece que los Jueces están sometidos al imperio de la Ley; que también trasgredió el 220 constitucional que regula el acceso a la administración de justicia; igualmente el artículo 13 de la Carta Superior que regula el principio de igualdad; de la misma manera aduce vulnerado el artículo 29 que consagra el debido proceso, y también los cánones constitucionales 2, 5 y 42.

Se aparta el representante de víctimas de la petición preclusiva, porque en el caso observa violado los artículos 97 y 98 del C. de P. C., los que indican que las excepciones previas deben presentarse en escrito

separado y que en este caso ello no se cumplió, de suerte que se desbordó la Jueza en la aplicación de la norma.

Explicó que la sentencia es ilegal, ilegítima e inconstitucional, luego entonces si se avala la preclusión solicitada se estaría colocando en riesgo el sistema jurídico, por aquello del desconocimiento craso de importantes normas civiles relacionadas con la disolución del matrimonio, las reglas sobre la porción conyugal, las relacionadas con el haber de la sociedad conyugal y de sus cargas, sobre legítimas y mejoras, todo lo anterior según lo establecido en los artículos 152, 1230, 1239, 1242, 1243, 1244 y 1781 del Código Civil, entre otros.

Se reafirma en que la Juez debe ser condenada por los cargos que aparecen en la denuncia, y pide que se apliquen medidas cautelares en su contra, como que se declare impedida en todos los casos en los que él actúa por efecto de que la ha demandado formalmente.

Por su parte, la doctora MARLENE BOLAÑOS RIASCOS, en representación de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, refiere que hay lugar a precluir la investigación en contra de la Jueza XX, porque aparece otorgando las garantías a las partes para que impugnarán su decisión, pero que no fue presentado recurso alguno. Refiere que todo lo que argumenta el representante de víctimas debió alegarse por vía de apelación, de suerte que si no lo hizo no hay lugar a que con ellos se construya la tesis de la existencia de un delito.

Indica que en momento alguno ha sido vulnerado el principio de acceso a la administración de justicia y que tampoco se advierte violación del buen nombre de la Rama.

Por otro lado, el Procurador Judicial II, doctor EDUARDO ALBEIRO CHÁVES MORA, quien actúa como agente del Ministerio Público, indica que de acuerdo con los planteamientos de la Fiscalía no sería viable pronunciarse sobre la preclusión, ya que como titular de la acción penal había podido acudir directamente a la figura del archivo del trámite por atipicidad objetiva de la conducta, según lo establecido en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal y conforme la sentencia C-1154 del 2005. Argumenta que si dentro del tipo penal de prevaricato por acción se reclama que el servidor público profiera decisión “manifiestamente contraria a la ley”, y este es un elemento objetivo del tipo, entonces al no encontrarse acreditado este elemento estructural, resultaba aplicable la figura del archivo.

Ingresando al fondo del debate, indica que los Jueces Civiles ejercen una función dinámica, de suerte que a pesar de que no haya sido alegada la falta de legitimación en la causa por activa como excepción previa, perfectamente puede el Juez decretarla de manera oficiosa. Como eso fue lo que hizo la Juez indiciada, entonces su interpretación resulta razonable y por ello no se configura el delito de prevaricato. Dice que si el bien objeto de venta había sido adquirido por NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN antes del matrimonio, pues no entraba en la sociedad conyugal, luego era por lo menos racional discurrir que por esa razón la cónyuge supérstite no tenía legitimación en la causa para demandar la nulidad del contrato.

Refiere que el tema es controversial porque la simulación tiene un desarrollo jurisprudencial y no legal, y que la Juez sustentó su fallo en la teoría del objeto del debate. Destaca que el fallo tildado de constitutivo de prevaricato por acción no fue impugnado porque quien hoy denuncia y que además en el fallo de tutela traído al trámite se indica que no se ha configurado ninguna vía de hecho.

Concluye que lo que subyace es un debate de interpretación de la ley, lo cual excluye la posibilidad de discurrir sobre el punible de prevaricato; que como la decisión no es caprichosa, amen que la Juez no conocía que su acto era abiertamente contrario a la ley y menos aún quería realizarlo, entonces tampoco se avizora dolo. Que al final la controversia de criterios jurídicos sobre legitimación en la causa, en estos eventos, fue dilucidada por el Tribunal en su Sala Civil Familia casi un mes después. Por todo lo anterior, coadyuva el decreto de preclusión por la causal deprecada.

El abogado defensor de los intereses de la imputada, doctor EDGAR FABIO DULCE MORENO, se une a las peticiones preclusivas de la Fiscalía y del Ministerio Público. Dice compartir los planteamientos fácticos y jurídicos de que no hay tipicidad objetiva, porque el acto de la Juez no es manifiestamente ilegal, que además no se ha recopilado elemento material de prueba alguno para inferir dolo en su actuar.

Invita a que se revise que hay uniformidad de decisiones entre el fallo de la Juez Segundo Civil del Circuito de Pasto del 25 de julio del 2013 y el proferido por su homóloga de Descongestión el 21 de enero de 2014, en cuanto ambas afirman que la parte demandante no estaba habilitada para promover simulación de los contratos celebrados por NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN con sus hijos, sobre bienes propios o adquiridos antes del matrimonio con la señora FABIOLA VILLOTA PAREDES. Dice que el debate sobre los bienes que hacen parte del haber social lo aclaró la Sala Civil Familia del Tribunal en su fallo del 10 de febrero del 2014, el cual es posterior a la decisión tomada por la doctora XX.

Indica que las partes tienen unas cargas en la actividad judicial y que existen consecuencias desfavorables para quienes no las atienden dentro de unos términos. Estima que con la denuncia penal se quiere reeditar fases civiles concluidas, y que el denunciante lo que debió fue apelar el fallo que le era adverso, en su oportunidad, y no venirse con la presente denuncia penal.

Finaliza indicando que su poderdante XX en ningún momento aparece actuando con ánimo de perjudicar o favorecer a nadie, porque la funcionaria estaba en labores de descongestión, ella no tramitó el proceso y solo lo asumió para fallarlo. Su sentencia cumplió con las reglas del Código de Procedimiento Civil e hizo análisis de la naturaleza de los bienes que se dicen simulados, y, por ello, concluyó que no había legitimidad en la causa por activa. Como no se evidencia interés alguno en favorecer a cualquiera de las partes, estima que no se configura el prevaricato, y por eso hay lugar a precluir la investigación.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

De acuerdo con los planteamientos esbozados por las diferentes partes e intervinientes reconocidas en la instancia, el siguiente es el aspecto jurídico a considerar:

¿Hay lugar a precluir la investigación penal seguida en contra de la Jueza Civil del Circuito ... de Pasto, doctora xx, respecto del delito de PREVARICATO POR ACCIÓN, con fundamento en la causal 4 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal (atipicidad de la conducta)?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia.-

La Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto es competente para conocer este asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de una investigación penal que en primera instancia se adelanta contra una Jueza Civil del Circuito de éste distrito judicial, por actuaciones cometidas en ejercicio de sus funciones.

2.- Anotaciones preliminares.-

En orden a definir el caso, con la corrección jurídica que corresponde, la Sala estima necesario abordar anticipadamente algunas conceptualizaciones básicas sobre las figuras jurídicas de la preclusión de la investigación y los elementos estructurales del delito de prevaricato por acción, en punto de la aplicación oficiosa por los jueces civiles de la figura jurídica de la “*legitimación en la causa*” como presupuesto material de la sentencia, para –finalmente– abordar el caso concreto. Lo anterior debido a que son estos los elementos jurídicos conjugados por el delegado de la Fiscalía como sustento de su *petitum* de absolución temprana para la Jueza xx.

3.- La Preclusión de la investigación.

Sea lo primero señalar que a partir del acto legislativo 003 de 2002, que modificó – entre otros – el artículo 250 de la Constitución Política Colombiana, se le atribuyó a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio de la acción penal en virtud de la cual debe investigar los hechos de connotaciones punibles, siempre y cuando obtenga elementos de juicio

suficientes sobre su probable configuración. Este dispositivo aparece desarrollado en el artículo 200 de la Ley 906 de 2004.

Esta misma legislación procesal prevé que cuando la Fiscalía no encuentre mérito para acusar a una persona indiciada o imputada, debe acudir al juez de conocimiento para solicitar la preclusión de la investigación según las causales previstas en la ley. Bajo esa órbita, debe entenderse que el citado instituto procesal conlleva la terminación de la actuación penal sin que haya lugar a agotar todas las etapas del proceso, ante la ausencia de mérito para formular cargos en contra del acriminado. Se trata, por tanto, de una determinación de carácter definitivo adoptada por el juez con funciones de conocimiento, por cuyo medio se ordena cesar la persecución penal respecto de los hechos materia de investigación, la cual hace Tránsito a Cosa Juzgada Material.

Son los artículos 331 a 335 del Código de Procedimiento Penal los que regulan la preclusión de la investigación, estableciendo que puede ser decretada por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal, incluso antes de la formulación de la imputación, esto es en las fases de indagación, investigación y hasta en la de juzgamiento, cuando encuentre acreditada una de las situaciones contempladas en el artículo 332 de dicha codificación adjetiva; todo esto generalmente a solicitud de la Fiscalía, siempre que haya necesidad de valoraciones respecto de aspectos subjetivos y, excepcionalmente, con capacidad de postulación de las partes cuando se trata de causales eminentemente objetivas. Las siguientes son las circunstancias que dan lugar a Preclusión de la Investigación: ⁽¹⁾ Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal (muerte del imputado o acusado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, pago, indemnización integral y la retractación en los casos previstos en la ley), ⁽²⁾ Existencia de una

causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, ⁽³⁾Inexistencia del hecho investigado, ⁽⁴⁾Atipicidad del hecho investigado, ⁽⁵⁾Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, ⁽⁶⁾Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, y ⁽⁷⁾Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de dicho Código.

Debe precisarse que las causales 1 y 3 del canon 332, relativas a la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado, son aquellas que también pueden ser solicitadas por el Ministerio Público o por la Defensa en la etapa de juzgamiento.

También debe referirse que según precedente o decisión de la Corte Constitucional¹, avalado por la Corte Suprema de Justicia, es posible que una vez incoada la preclusión por la Fiscalía la defensa coadyuve la petición, invoque una causal no esbozada y controvierta los argumentos de los demás intervinientes, con lo cual el juez tendrá más elementos de juicio al momento de decidir acerca de la procedencia de la solicitud.

De igual manera, se ha precisado jurisprudencialmente que *“Constituye carga ineludible de la Fiscalía demostrar la causal de preclusión invocada, lo cual*

¹ Sentencia C-648 del 24 de agosto de 2010, por cuyo medio se declaró inexecutable la expresión “en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal”, del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, así: *“En efecto, la expresión “en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal”, del artículo 333 de la Ley 906 de 2004, si bien tiene sentido en relación con las víctimas y el Ministerio Público, constituye una medida de intervención desproporcionada del legislador en el ejercicio del derecho de defensa del procesado, por cuanto no busca la consecución de ningún fin constitucionalmente admisible. Sin lugar a dudas, permitirle a la defensa tan sólo una intervención limitada, excepcional y poco consecuente con su actuación en el curso de una audiencia de petición de preclusión, es una medida que no apunta a (i) racionalizar un proceso penal de corte acusatorio; (ii) tampoco constituye un rasgo definitorio o esencial de aquél, ni (iii) mucho menos atenta contra los derechos y las garantías de las demás partes e intervinientes en el proceso. Por el contrario, facultar al defensor del imputado para que interviniera no sólo en caso de oponerse a la petición del fiscal, sino además cuando desee desplegar otras actuaciones más acordes con su papel en el proceso penal, tales como (i) coadyuvar a la solicitud de la Fiscalía; (ii) alegar una causal de preclusión distinta de la planteada por la órgano investigador; o (iii) controvertir los argumentos de los demás intervinientes, le permitirá al juez de conocimiento contar con más elementos de juicio al momento de decidir acerca de la procedencia de petición de preclusión”.*

implica entregar a la judicatura elementos de juicio que comporten certeza, plena prueba o conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la estructuración de la misma². Excepcionalmente³ se puede llegar a ella por aplicación del principio in dubio pro reo previsto en los artículos 29 de la Carta Política y 7º de la Ley 906 de 2004, siempre y cuando se haya desplegado un trabajo investigativo integral sobre todas las hipótesis delictivas derivadas de la noticia criminal y agotado el acopio de los medios de convicción racionalmente recaudables, sin que se pueda despejar la incertidumbre en torno a los elementos del delito”⁴.

4.- Sobre el delito de Prevaricato por Acción.

Establece el artículo 413 del Código Penal que *“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años”.*

La figura de la “prevaricación”, en su conceptualización etimológica, deriva del apotegma latino *PREVARICARE*, que en buen romance equivale a desviarse del camino recto o caminar torcido; de tal suerte que lo fundamental en esta clase de tipologías se encuentra en la discordancia entre lo que un servidor público conoce como lícito y lo plasmado en un determinado acto de autoridad.

Cuando el artículo 413 del Código Penal establece que concurre en esta ilicitud el funcionario que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, se está reclamando tanto que se tenga conocimiento de la desviación del acto que se le ha encargado, como que objetivamente se presente una vulneración a la recta y equilibrada solución oficial del conflicto que está llamado a desatar,

² Ver auto del 1 de febrero de 2012, radicado 36407. MP: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

³En este sentido se ha pronunciado la Sala en anteriores ocasiones, por ejemplo en el proveído del 14 de noviembre de 2012, Rad. No. 40128.

⁴Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 24 de abril de 2013, radicado 40.367. MP. María del Rosario González Muñoz.

esto es que caprichosa o tozudamente imponga su criterio, cuando la decisión a asumir resulte clara y abiertamente diferente a la adoptada.

Como quiera que se protege genéricamente la administración pública y de manera específica tanto el apego de los actos judiciales al principio de legalidad y la protección de la imagen institucional, a los cuales se encuentran sometidos los funcionarios que prestan servicios oficiales, la doctrina y jurisprudencia nacionales han precisado que no interesa la demostración de un “móvil específico” para efecto de la configuración de la conducta criminal de prevaricato, dado que una persona que encarna autoridad oficial puede torcer la ley perfectamente por sentimientos de amistad o animadversión, por convicción política, religiosa o social, por resentimiento, por amor o desamor, por peticiones externas, realizando un favor y hasta por simple “rebeldía normativa”; claro está que cuando el móvil es económico, perfectamente puede concursar el delito con cohecho o concusión. Sobre el tema ha indicado la alta corporación de justicia:

“En el delito de Prevaricato, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, y por la naturaleza misma del punible, el dolo se traduce en el conocimiento que debe tener el servidor público de la manifiesta ilegalidad de la decisión proferida, conciencia que con tal determinación se vulnera sin derecho de la recta y equilibrada definición del asunto, y sin que sea menester demostrar el móvil que guio la acción del funcionario”.⁵

La tipicidad objetiva del delito de prevaricato por acción exige la demostración de varios elementos fundamentales, como son la condición de servidor público del acusado, la acreditación de la conducta de haber proferido un acto, dictamen o concepto, además que éste sea manifiestamente contrario a la ley. Debe partirse de la base

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de abril de 2002. Radicado 17008. M.P. FERNANDO ENRIQUE ARBOLEDA RIPOLL.

que para la configuración del prevaricato no basta la simple contrariedad entre un acto jurídico y la ley, porque se requiere que la contraposición sea evidente, abierta, notoria. De antaño se han trazado pautas jurisprudenciales, aún vigentes, indicativas que *“lo manifiesto es aquello que no requiere de mucho análisis ni de razonamientos profundos para su entendimiento”*⁶, así mismo se exige que *“la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o de tal grado ostensible que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse”*.⁷ Por otro lado debe indicarse que *“el juicio de prevaricato no es de acierto con lo decidido sino de legalidad”*, por eso *“debe tenerse en cuenta el grado de dificultad de la interpretación de la ley, para determinar si la decisión es manifiestamente contraria a ella”*, de suerte que no se ha de configurar prevaricato cuando la decisión cuestionada es razonable o está dentro de las conclusiones plausibles.

Por otro lado, debe también precisarse que la expresión jurídica “LEY”, que trae el artículo 413 Penal, no puede equipararse al mero texto de una norma expedida formal y materialmente por el Congreso de la República, sino que debe entenderse de manera amplia como *“ordenamiento jurídico”*, puesto que una decisión solo puede tener el carácter de prevaricadora o injusta cuando desconoce el sistema normativo. Así lo ha dicho la doctrina y jurisprudencia nacionales, al afirmar que:

“para prevaricar no basta una mera ilegalidad, sino que la resolución contradiga el derecho objetivo de una manera manifiesta, indiscutible”. No se trata de una mera ilegalidad, puesto que el prevaricato presupone una injusticia clara y manifiesta, verdadero y patente torcimiento del derecho en grosera, e incluso esperpéntica, contradicción con el ordenamiento jurídico, no explicable en una

⁶Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de mayo de 1985 M.P. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO.

⁷Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de abril de 1993. M.P. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA.

*interpretación razonable, y por tanto excluye toda posibilidad de equivocada interpretación”.*⁸

Respecto de la tipicidad subjetiva, debe decirse que en el delito de prevaricato por acción solo es posible llegar en la modalidad dolosa, entendida esta como el conocimiento que debe tener el agente de los hechos constitutivos de la infracción penal y el querer voluntariamente su realización, según lo establecido en el artículo 22 del Código Penal. Sabemos que desde el punto de vista ontológico, la demostración del dolo presenta importantes dificultades, porque el dolo se integra por dos elementos que hacen parte del proceso mental que precede a los actos de ejecución material: uno es el intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo; en este caso, que la decisión que se va a asumir es manifiestamente ilegal. El otro elemento es volitivo, que implica querer realizarlo.

Con todo, el dolo en algunos eventos permite ser identificado probatoriamente con fundamento en las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes que acompañan el caso, y cuando se trata de prevaricación judicial el punto de partida para su análisis es el mismo acto que se tilda de abiertamente alejado de la ley, por ello resulta siempre relevante el análisis de la sustentación, argumentación o motivación jurídica que le sirve de respaldo, más aún cuando el alto tribunal de justicia penal ha indicado que el dolo también se puede inferir a partir de la mayor o menor dificultad interpretativa de la ley inaplicada o tergiversada.⁹

⁸ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. “DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA”. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Página 437. En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de febrero de 2003. M.P. FERNANDO ARBOLEDA RIPELL.

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de febrero de 2013. Radicado 38651. MP. Luis Guillermo Salazar Otero.

5.- Sobre la figura de la “**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA**”.

Se había indicado precedentemente que la denuncia penal presentada por la señora FABIOLA VILLOTA viuda de VÁSQUEZ se orienta a demostrar que la doctora xx incurrió en prevaricación judicial activa, al emitir sentencia anticipada adversa a sus pretensiones, dentro de un proceso civil ordinario que adelantaba para demostrar la simulación de un contrato de compraventa de inmueble celebrado entre su extinto esposo NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN y dos de sus hijos concebidos y nacidos por fuera del matrimonio, con lo cual ella podría obtener el acrecentamiento de la masa herencial que estaba tratándose de liquidar en un proceso sucesorio.

Como el fundamento del fallo cuestionado se hacía consistir en su falta de legitimación por activa para demandar la simulación, y se cuestiona la capacidad de la Ex Jueza de Civil ... para reconocer ese fenómeno jurídico, debido a que no había sido alegado por los demandados como excepción previa en el momento que ello correspondía, luego no había lugar a declararla oficiosamente, lo mismo que -para la denunciante- no puede remitirse a duda que estaba habilitada para demandar esos bienes en favor de la sucesión de su esposo, en razón de que aparece como legataria o beneficiaria del 25% de la libre disposición, debe la Sala puntualizar sobre la definición, la naturaleza jurídica y los efectos jurídicos procesales y sustantivos de la figura de la “*legitimación en la causa*”, para lo cual se pasa a considerar:

Sea lo primero indicar que las legislaciones procesales civiles modernas, incluyendo la nacional, no definen lo que debe considerarse “*legitimación en la causa*”; precisamente al dejarse esta labor de conceptualización a la doctrina y a la jurisprudencia, la figura

terminó convirtiéndose en “...en uno de los términos más debatidos y más confusos del derecho procesal”¹⁰, según importantes críticos del tema.

En su sentido más genérico la llamada “*legitimación*” es un concepto que define la posibilidad de acceder a los jueces y tribunales, como también delimita las condiciones y circunstancias que permiten hacerlo, pero siempre en función de la relación que se tiene con el objeto del procedimiento.

Teóricamente se han asumido dos (2) posturas conceptuales con relación a la legitimación en la causa:

(1)Una de tipo sustancial, que se vincula al mérito, materia o fondo de la pretensión que se debate, la cual se dice equiparable con la titularidad del derecho sustancial que subyace a la relación procesal entre demandante y demandado, de suerte que si no logra demostrarse la titularidad sustancial del actor o del opositor, es perfectamente posible que se emita una sentencia de mérito, pero seguramente desfavorable a uno u otro interés jurídico, por la ausencia de legitimación en la causa.

(2)La otra postura es eminentemente formal o adjetiva, que se identifica como un presupuesto procesal para que se pueda dictar sentencia de fondo, no en sentido favorable a una de las pretensiones o excepciones que se debaten, sino en cualquier sentido, es decir que la ausencia de legitimación en la causa lleva a que no resulte viable emitir un fallo que contenga pronunciamiento sobre el mérito de lo

¹⁰http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQ1NztlUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAz0sn9TUAAAA=WKE

pretendido, esto es que hay necesidad de proferir sentencia inhibitoria.

Cuando un Juez toma postura respecto de alguna de estas opciones conceptuales de “*legitimación en la causa*”, sus decisiones pueden tener efectos catastróficos en el ejercicio de los derechos debatidos, toda vez que si se acoge la tesis sustancial, la consecuencia inexorable de demostrarse la falta de legitimación en la causa siempre será la de emitir sentencia de mérito, en cualquiera de los sentidos, estimatoria o desestimatoria de la pretensión debatida, con capacidad de hacer tránsito a cosa juzgada material; mientras que de acogerse la tesis procedimental o adjetiva, el fallo será inhibitorio, resultando probable que se vuelva a intentar la acción en cualquier otro momento.

Hoy en día la situación en Colombia se torna más compleja, debido a que ante el advenimiento de nuevas variantes legislativas los Jueces pueden acudir, en algunos casos, que incluyen el tema de falta de legitimación en la causa, a la terminación preliminar, anticipada o temprana del proceso, sin que se hayan agotado etapas significativas de debate. Así lo indica el artículo 6 de la ley 1395 de 2010: “*También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción, caducidad de la acción, prescripción extintiva y falta de legitimación en la causa. Cuando el juez encuentre probada cualquiera de estas excepciones, lo declarará mediante sentencia anticipada*”. De la misma manera, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) establece en su artículo 278 la posibilidad de que un Juez Civil profiera una sentencia anticipada, entre otras razones, “*...cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa*”.

Ya la doctrina Nacional ha lanzado importantes cuestionamientos al manejo legislativo que se estableció al tema, porque se advierten espinosas zonas grises en su aplicación, lo que atenta notoriamente contra el principio de seguridad jurídica. Al respecto se ha dicho:

“Lo anterior resulta significativo toda vez que, según la postura que se asuma respecto a la legitimación en la causa, podrá afectarse el devenir propio del proceso. Es necesario advertir que el supuesto normativo no establece un escenario claro de aplicación, dejando al juez con una posibilidad excesivamente abierta para proferir sentencia “en cualquier estado del proceso”. Además, nótese que la regla no diferencia si se trata de una legitimación formal o material, ni delimita la manera en la que el director del proceso puede hacer uso de esa herramienta, pudiendo llegar a extremos absolutamente lesivos para las partes. A propósito, se tiene que la norma no expresa si la posibilidad de dictar sentencia en cualquier momento del proceso solo es viable cuando no existe afirmación de la coexistencia de las relaciones procesales y sustanciales, o si solo es posible cuando exista prueba referente a que la parte actora o la pasiva no son los titulares de la relación material que se debate en un proceso. Tampoco resuelve si en este último evento debe agotarse o no un mínimo de etapa probatoria para tal fin. En ese contexto, podría elucubrarse que la norma solo alude a la legitimación en la causa desde su arista formal, por cuanto, en primer lugar, no indica que necesariamente se deba dictar sentencia de fondo, lo que habilita la posibilidad de la sentencia inhibitoria, que es el resultado de la carencia de legitimación en la causa, entendida desde un punto de vista netamente procesal; en segundo lugar, salvo la prescripción extintiva, el grupo de circunstancias que habilita el numeral 3 del artículo en mención está vinculado a la posibilidad o no de dictar sentencia de mérito. Adviértase que excepciones como la cosa juzgada, la transacción y la caducidad, cuando se configuran, impiden que el juez pueda emitir una sentencia de fondo. No obstante, como ya se advirtió, la norma no diferencia si se trata de legitimación en la causa material o formal, sino que dejó abierto el concepto. Esta situación posibilita el surgimiento de diversas dificultades a la hora de aplicar la opción

que expone la norma, de cara a su oportunidad, requisitos, etc. Una de esas dificultades puede evidenciarse en escenarios en los que el juez, al ser partidario de una legitimación en la causa que acoja el instituto desde una postura material, decida resolver el proceso, no bajo la totalidad de pruebas recaudadas o a recaudar, sino con apoyo en un incipiente acervo probatorio, allegado en las etapas preliminares del proceso y, por ende, no completo. Una postura como la anterior podría derivar en una sentencia temprana y acrítica sobre lo debatido, incurriendo en el riesgo de una carencia de análisis suficiente de todo un material probatorio que debía recaudarse y, por esta razón, se vulneraría el derecho fundamental a un debido proceso. Piénsese un evento en el que el juez, ante la sola respuesta del demandado y las escasas pruebas que allegue en su contestación, decida proferir inmediatamente fallo sobre lo pretendido, sin permitir agotar un debate probatorio y sin recaudar la totalidad de elementos de confirmación que estarían llamados a conformar el conjunto probatorio correspondiente. En este punto debe indicarse que, de esa forma, se podría configurar un defecto fáctico, en tanto que este es una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Sin embargo, para que se configure este vicio es necesario que el operador judicial profiera una decisión sin contar con el necesario y adecuado respaldo probatorio, lo que trae como directa consecuencia una distorsión entre la verdad jurídica o procesal y la material, situación en la que, sin duda, deja de realizarse el inexorable deber atribuido a los jueces de impartir justicia. Por lo anterior, teniendo en cuenta las posibilidades normativas, se requiere que la legitimación en la causa se estudie en cada caso concreto de una forma crítica, para efectos de evitar vulneraciones al interior del proceso cuando el juez decida hacer uso de ella. Una propuesta para evitar vulneraciones a la hora de entender el artículo 278 del Código General del Proceso, es comprender que en dicha norma solo se alude a la posibilidad de una sentencia anticipada si se confronta la carencia de la misma desde una perspectiva formal, toda vez que de entenderse el concepto desde la visión material, sin haberse recaudado la totalidad de elementos de prueba y sin que se trate de la etapa procesal correspondiente para su valoración (la sentencia), podrían cercenarse los derechos de las partes, por

cuanto que, como se ha advertido, en una etapa absolutamente temprana y según criterio incipiente del juez, se definiría la titularidad sustancial de las partes sin agotarse un mínimo de oportunidad probatoria. Por eso, de entenderse el concepto desde una visión material, la sentencia solo deberá proferirse una vez agotado el correspondiente debate probatorio sobre la coincidencia o no de las titularidades de las relaciones sustanciales y procesales.

6.- Análisis del Caso sometido a decisión.

Tal como se ha indicado en precedencia, le corresponde a la Sala emitir pronunciamiento respecto de la solicitud de preclusión elevada por un delegado de la Fiscalía ante el Tribunal de Pasto, en favor de la doctora xx , quien fungiendo como Juez Civil del Circuito ... de Pasto profirió la sentencia 001 el 21 de enero de 2014, dentro del proceso ordinario de simulación radicado con el número 2012-00053-00. Funda sus argumentos en que la indiciada no reprodujo los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de prevaricato por acción, dado que su decisión no es manifiestamente ilegal porque tiene racionalidad jurídica, además no había precedente jurídico alguno por respetar y el tema objeto de debate era complejo o denso. Se afirma que esto redundaba en la atipicidad de su comportamiento y en la necesidad de que se le precluya la investigación con fundamento en la causal 4ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

La verdad sea dicha, el asunto puesto de presente a esta colegiatura tiene particularidades importantes, y por ello deben ser precisadas y analizadas preliminarmente en detalle para tomar la decisión que corresponde, con la debida corrección jurídica, para lo cual pasamos a precisar:

6.1.- De entrada debe destacarse que la doctora xx asumió el proceso ordinario de simulación de contrato de compraventa, propuesto por la señora FABIOLA ROSALBA VILLOTA PAREDES en contra de los hermanos MANUEL y DIEGO VÁSQUEZ ERASO, exclusivamente para asumir fallo definitivo como Jueza Civil del Circuito de, cargo para el cual había sido designada por el Honorable Tribunal Superior de Pasto desde el mes de octubre de 2013. Este proceso había sido tramitado legalmente en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, desde la admisión de la demanda ordinaria de simulación de contrato hasta que se presentaron los alegatos finales por las partes, de suerte que el fallo del 21 de enero de 2004 no se trata de una sentencia anticipada, sino de una que siguió el curso normal del proceso y se adoptó en su momento culminante.

6.2.- La citada sentencia 001 del 21 de enero de 2014, que se tilda de constitutiva de prevaricación judicial por activa, inicia su apartado de motivaciones o argumentos de decisión, indicando textualmente que *“El demandante de simulación de contrato, tiene que partir de la demostración de un interés jurídico serio y actual, que no es otra cosa que la titularidad de un derecho cierto cuyo ejercicio esté impedido por el contrato fingido”.*

Encuentra la Sala que al consagrarse expresamente éste aserto por la Jueza..., ni más ni menos que estaba indicando que iba a revisar preliminarmente la existencia del presupuesto material de la sentencia denominado *“legitimación en la causa por activa”*, y hasta resulta fácil colegir que adoptaba la concepción teórica sustancial de la figura, la que hemos dicho se vincula al estudio del mérito, materia o fondo de la pretensión que se debate y que es equiparable con la titularidad del derecho sustancial que subyace a la relación procesal que se debate entre demandante y demandado; tesis ésta según la cual si el actor no logra demostrar la titularidad sustancial de la acción impetrada,

hay lugar a la emisión de sentencia de mérito, pero desfavorable a las pretensiones del demandante, por la ausencia de legitimación en la causa.

Aquí resulta preciso indicar que, desde una óptica eminentemente precedimental, y contrario a lo manifestado en la denuncia, la llamada “legitimación en la causa” no es en sí misma una excepción previa que inexorablemente debe postularse por las partes para ser decretada, sino un presupuesto material de la sentencia, bien para la prosperidad de la acción o de la excepción; diferente es que desde la expedición de la ley 1395 de 2010 (artículo 6) se haya establecido que la legitimación en la causa también pueda proponerse como excepción previa; peor aun cuando esta misma norma, e inclusive el nuevo Código General del Proceso (ley 1564 de 2012), haya reafirmado en su artículo 278 que el juez debe declararla probada en cualquier momento, dictando sentencia anticipada, cuando la encuentre probada. Estos asertos normativos legales afirman el verdadero contenido esencial o material de la figura de “legitimación en la causa”.

6.3.- Pues bien, coherente con la perspectiva teórica anterior, la Jueza xx dedicó las posteriores líneas argumentativas de su sentencia a verificar si la demandante de la simulación de contratos, señora FABIOLA VILLOTA PAREDES Viuda de VÁSQUEZ, realmente pudiera ver lesionados sus derechos patrimoniales dentro del proceso sucesorio de su extinto esposo NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN, por la celebración del negocio jurídico celebrada por éste con dos de sus hijos, cuya anulación deprecaba, esto bajo las pautas de régimen económico patrimonial previsto en la ley 28 de 1932.

Es así como analiza que el bien enajenado entre padre e hijos, según el contenido de la escritura pública número 338 del 7 de febrero de

1997, es producto del englobamiento formal de una variedad de terrenos adquiridos entre los años 1964 a 1981, épocas para las cuales no habían contraído nupcias la señora VILLOTA PAREDES con NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGON, de suerte que se trataba de un bien propio del causante o adquirido por fuera de la sociedad conyugal, lo que permitía concluir –según discernimiento expreso de la Jueza Civil del Circuito..., doctora xx- que el contrato de compraventa no era simulado. Como consecuencia de lo anterior es que declara configurada la falta de legitimación en la causa por activa en este caso, por falta de interés jurídico concreto de la señora FABIOLA VILLOTA Vda. de VÁSQUEZ, para demandar la simulación.

6.4.- Como se puede advertir, esta sentencia es de mérito o de fondo, desestimatoria de las pretensiones de la demandante, cuando declara que la ya varias veces citada demandante viuda de NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGON no tenía interés jurídico concreto alguno (Legitimación en la causa) para demandar la nulidad del contrato, por la vía de la simulación.

6.5.- Para el momento histórico en el cual se adoptó la sentencia por el Juzgado Civil de Circuito ..., a cargo de la doctora xx, esto es el 21 de enero de 2014, no se conocía que la Sala Civil-Familia de éste Tribunal hubiera emitido fallo judicial o precedente alguno para dilucidar el tema de la legitimación en la causa por activa y su eventual aplicación en la acción de simulación de contratos incoada por la cónyuge de un causante, respecto de bienes adquiridos por el extinto esposo antes de la celebración del vínculo matrimonial. Contrario sensu, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, de donde procedía directamente el proceso ordinario de simulación de contrato para fines de descongestión, si se había pronunciado el 25 de julio de 2013 profiriendo sentencia anticipada en un proceso

ordinario de simulación de contrato adelantado por la misma FABIOLA ROSALBA VILLOTA PAREDES viuda de VÁSQUEZ (radicado 2012-00212) contra MIGUEL FERNANDO VÁSQUEZ ABADIA, quien a la postre era otro hijo nacido antes de su matrimonio con el extinto NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGON. En dicho fallo igualmente se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, pero con la salvedad que el tema había sido alegado preliminarmente por la parte demandada como excepción previa.

Ya en lo que respecta a los argumentos expuestos para adoptar dicha decisión, se encuentra que son los mismos que se enseñan en el fallo denunciado como constitutivo de prevaricación activa, esto es que los inmuebles enajenados por padre e hijo fueron adquiridos previo al matrimonio del causante NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGON con la demandante, de suerte que son ajenos a la composición de la sociedad conyugal, situación que –en sentir de la titular del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto- deslegitimaba a la pretendiente para reclamar su vindicación, al haber optado justamente por gananciales; adicional a que el acogimiento de la simulación relativa no tendría, en todo caso, la virtualidad de volver los bienes transferidos al propietario original.

En virtud de la interposición del recurso de alzada, por el equipo de defensa de la demandante FABIOLA VILLOTA PAREDES, contra esta sentencia anticipada, hubo de pronunciarse la Sala Civil- Familia de éste Tribunal el 10 de febrero de 2014, con ponencia del Honorable Magistrado FRANKLIN TORRES CABRERA, en el sentido de revocar la decisión que declaraba la falta de legitimación por activa, para que la citada cónyuge supérstite del señor NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGON promoviera pretensión simulatoria de un contrato de compraventa de inmueble celebrado con su hijo MIGUEL FERNANDO

VÁSQUEZ ABADIA, sobre bienes adquiridos por el causante antes de su matrimonio, aduciendo que si bien es cierto que acertó el Juzgado al indicar que los bienes adquiridos antes del matrimonio no se integran a la sociedad conyugal, ello no resta interés a la actora en relación con los bienes en cuestión, pero desde la óptica de los gananciales, no sobre los fondos en sí mismos considerados, sino a partir de sus accesorios, los que sí se incorporan al haber social, según lo demanda el numeral segundo del artículo 1781 del Código Civil, al imponer que compondrán el haber social de la sociedad conyugal *“los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio”*.

6.6.- Ahora bien, incurrió en una imprecisión la denunciante FABIOLA VILLOTA viuda de VÁSQUEZ, cuando en su intento por acreditar que la sentencia emitida el 21 de enero de 2014 era *“manifiestamente ilegal”*, señaló que la Jueza xx había decidido en contraposición a lo que en asunto similar había resuelto el Tribunal; se indica lo anterior porque ya se pudo acreditar que la Sala Civil-Familia de esta corporación tribunalicia se pronunció analizando un caso que guarda analogía fáctica con éste, pero en fecha posterior, de suerte que no es endilgable que la jueza denunciada haya actuado en contravía de precedente vertical o superior alguno.

6.7.- Por otro lado, la Sala encuentra importante contradicción en la postura de la denunciante FABIOLA VILLOTA PAREDES, cuando pone en funcionamiento el sistema penal en contra de una Jueza, alegando la conculcación de sus garantías, pero se encuentra que en su debido momento su equipo de defensa no interpuso recurso alguno para impugnar la decisión del 21 de enero de 2014, que fue adversa a su pretensiones, logrando así ejecutoria formal y material la sentencia

que declaró su falta de legitimación en la causa para demandar la simulación del contrato de compraventa de inmueble, suscrito por su extinto esposo y sus hijos MANUEL ENRIQUE y DIEGO JAVIER VÁSQUEZ ERASO.

En principio podría inferirse que la hoy denunciante y su apoderado judicial estaban de acuerdo con los resultados del fallo, de no ser porque acudieron rápidamente a la acción de tutela ante la Sala Civil-Familia de éste tribunal, como mecanismo para remover la “cosa juzgada” de dicha sentencia, tratando de demostrar que la misma constituía una “vía de hecho” por extralimitación de los poderes de la Jueza xx, porque –según su particular percepción de los sucesos– falló sobre hechos y pretensiones no solicitadas en término oportuno por los demandados, lo que convertía el fallo en injusto e ilegal, indicando también que la sentencia no había podido ser impugnada merced a que cuando fue emitida el apoderado judicial de la parte actora estaba atravesando por episodios de enfermedad psiquiátrica que le impidieron enterarse del fallo y presentar la apelación; y que además se había vulnerado el derecho de igualdad al afirmarse que en un caso análogo se había proferido una decisión por el tribunal que era favorable a sus intereses.

6.8.- De cara a lo consignado en precedencia es que la Sala entra a realizar el juicio de tipicidad penal, y como quiera que en la descripción del delito de prevaricato por acción el legislador incluyó un elemento normativo que califica la conducta (*Manifiestamente ilegal*), entonces el examen de tipicidad correspondiente no se puede limitar a la simple y llana constatación objetiva entre lo que la ley manda o prohíbe y lo que con base en ella se decidió, sino que involucra una labor más compleja, en tanto supone efectuar un juicio de valor a partir del cual ha de establecerse si la ilegalidad

denunciada resiste el calificativo de ostensible, por lo cual y como es apenas natural deben quedar excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos, pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, admiten diversas posibilidades interpretativas, por manera que no se revelan como manifiestamente contrarias a la ley.¹¹

Pues bien, según lo ha indicado la doctrina nacional y hasta se vislumbra de los precedentes de la alta corporación de justicia civil, las preceptivas atinentes a la aplicación del concepto de “*LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA*” no escapan a esa complejidad, lo que se vislumbra desde la conceptualización básica, porque preclaros procesalistas señalan que *“En torno a dicho concepto se han tejido dos posturas contradictorias. Una primera posición asume la figura desde una visión vinculada al mérito o sustancia de la pretensión. La segunda la identifica con la forma o la aptitud”*¹². La verdad sea dicha, la toma de postura en una u otra vía trae consecuencias jurídicas diversas.

Este razonamiento de complejidad de la figura de la legitimación en la causa, sobre el cual en antecedencia habíamos dicho que hasta se ha valorado como *“...uno de los términos más debatidos y más confusos del derecho procesal”*¹³, adquiere mayor relevancia a la hora de verificar que se presentan no escasos galimatías respecto al tema de su verificación oficiosa y a la aplicación de sus consecuencias adversas en cualquier momento del proceso, en el evento de no acreditarse su existencia.

¹¹ C. S. de J., Sala de Casación Penal, Sentencia de 13-07-06. Rad. 25627.

¹² Ordoñez guzmán, Álvaro Eduardo. “*Sobre la legitimación en la causa*”. Revista Ratio Juris. Volumen 12, Número 25. UNAULA. ISSN 1794-6638. Página 154.

¹³<http://guiasjuridicas.wolterskluwer>. Texto ya citado.

Precisamente en el incidente sometido a decisión, la Jueza Civil del Circuito ... de Pasto declaró en la sentencia del 21 de enero de 2014 la falta de legitimación en la causa por activa de la señora FABIOLA VILLOTA viuda de VÁSQUEZ, para demandar en proceso ordinario de simulación de contrato, sin que tal circunstancia hubiera sido alegada por la parte demandada como excepción previa, de lo cual pretende colegir que lo hizo oficiosamente; circunstancia que se dice por la denunciante vislumbra la existencia del prevaricato. Pero este es un tema que no se encuentra definitivamente dilucidado jurídicamente, porque el nuevo Código General del Proceso, y antes con la expedición de la ley 1395 de 2010, se exige a los jueces Colombianos dictar sentencia anticipada, total o parcialmente, cuando se encuentre probada –entre otras figuras jurídicas- la carencia de legitimación en la causa, de donde surge importante discusión sobre su aplicación “*Ex Officio*”.

La controversia resulta más profunda cuando se discute si el fallo que declara la falta de legitimación en la causa debe ser de fondo o inhibitorio, *“Discusión que fue zanjada por la Corte Suprema de Justicia (exp.4268,1995), quien determinó que tal figura jurídica no es un presupuesto procesal, sino una cuestión propia del derecho sustancial que alude a la pretensión debatida en el litigio y cuya ausencia da lugar a una decisión adversa frente a ésta”*.¹⁴

Pues bien, si se analiza en detalle la decisión tildada de Prevaricadora, se podrá establecer que la falta de legitimación por activa fue asunto materia de alegación final por el equipo de defensa de la parte demandada, una vez superada la etapa probatoria del proceso de simulación respectivo, de suerte que la aplicación de la

¹⁴ OSPINA LOAIZA, Juan Esteban. “LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y SU APLICACIÓN EN LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN INCOADA POR COMPAÑEROS PERMANENTES EN COLOMBIA”. En revista “ESTUDIOS DE DERECHO” Universidad de Antioquia. Volumen 69. Número 153. 2012. Página 261. ISSN 0120-1867.

figura no resultó ser estrictamente oficiosa; pero lo que si es cierto es que la declaración contenida en el fallo determinó la culminación total del trámite, porque los efectos materiales de la decisión de primera instancia no fueron impugnados y, al cobrar ejecutoria formal y material, hoy resultan inatacables.

6.9.- Un último punto de análisis tiene que ver con el fondo de lo decidido. Al respecto debe indicarse que como la sentencia del 21 de enero de 2014 no fue revisada en la segunda instancia, por la actitud remisa de la parte demandante de impugnar el fallo por vía vertical, hoy goza del amparo de la doble presunción de legalidad y acierto, el cual incluso ha pretendido cuestionarse en vía de tutela por la señora FABIOLA VILLOTA viuda de VÁSQUEZ, con resultados infructuosos, porque su acción de amparo no pudo superar el baremo de la subsidiariedad, a pesar de lo cual se indicó por el Juez Constitucional Colegiado que la resolvió que dicho fallo no resulta arbitrario, así como que el extremo de lo decidido no advierte que haya obedecido a un criterio caprichoso de la Jueza.

El debate sobre si en realidad de verdad la Viuda del señor NICANOR VÁSQUEZ MONDRAGÓN estaba legitimada para demandar la simulación de los contratos celebrados por su extinto esposo con sus hijos, respecto de bienes propios del causante, por ser adquiridos antes de la celebración del matrimonio con ella, no era en absoluto un tema novedoso para el 21 de enero de 2014, porque ya el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, de donde procedía o de donde se había remitido el proceso para fines de descongestión, se había pronunciado meses antes dictando sentencia anticipada adversa a sus pretensiones, con fundamento en ausencia de legitimación en la causa por activa. Esos mismos argumentos fueron prácticamente reproducidos a pío juntillas en el fallo tildado de “*manifiestamente ilegal*”, pero resulta claro que no

existían en esos momentos decisiones o precedentes de autoridad jerárquica que postularan tesis contrarias.

Ya con el conocimiento del fallo de la Sala Civil-Familia de éste Tribunal, emitido en proceso similar a mediados del mes de febrero de 2014, se pudiera eventualmente discernir que la decisión adoptada el 21 de enero de 2014 por la doctora xx, actuando como Jueza Civil del Circuito de ..., pudiera ser desacertado o incorrecto, pero en absoluto podrá afirmarse que se trata de una decisión “*manifiestamente ilegal*”, y menos que como tal es reproductora del tipo penal objetivo de Prevaricato por Acción. No se cansa la Sala de recordar que la Alta Corporación de Justicia Penal¹⁵ siempre ha significado que el juicio de para configurar el tipo penal de prevaricato no es de acierto en lo decidido sino de legalidad, porque de lo contrario todas las decisiones que se revoquen en primera o segunda instancia, inclusive en casación o revisión, serían configurativas de esta tipología protectora de la administración pública.

7.- CONCLUSIONES.

Como quiera que de las lucubraciones anteriores refulge que no se han acopiado elementos materiales de prueba, información legalmente obtenida o evidencia física que permitan concluir que la actuación endilgada a la Jueza Civil del Circuito ... de Pasto, doctora xx, haya

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de febrero de 2003. Radicado 16262. MP. FERNANDO ENRIQUE AROBLEDA RIPOLL. “*La tipificación legislativa del delito de prevaricato está referida a la emisión de una providencia manifiestamente contraria a la ley, circunstancia ésta que constituye –ha dicho la jurisprudencia– la manifestación dolosa de la conducta en cuanto se es consciente de tal condición y se quiere su realización, afirmando, así mismo, que semejante contradicción debe surgir evidente, sin mayores elucubraciones*”. / “*Por contraste, todas aquellas providencias respecto de las cuales quepa discusión sobre su contrariedad con la ley quedan excluidas del reproche penal, independientemente de que un juicio posterior demuestre la equivocación de sus asertos, pues –como también ha sido jurisprudencia reiterada – el juicio de prevaricato no es de acierto, sino de legalidad. A ello debe agregarse como principio axiológico cuando se trata de providencias judiciales, que el análisis sobre su presunto contenido prevaricador debe hacerse necesariamente sobre el problema jurídico identificado por el Funcionario Judicial y no sobre el que identifique a posteriori su acusador o su juzgador, según sea el caso*”. / “*Evidentemente que tal principio conduce también a determinar si, en el evento de ocurrir, la equivocada identificación del problema jurídico es fruto de una actuación manifiestamente contraria a la ley o no*”.

sido manifiestamente contraria a derecho; que tampoco se presenta su decisión jurídica como irrazonable, o abiertamente arbitraria, o subjetivamente amañada, o grotescamente ajena a los lineamientos jurídicos con los que contaba al momento de proferir la sentencia adversa a las pretensiones de la demandante FABIOLA VILLOTA viuda de VÁSQUEZ, en el proceso de simulación de contrato, en la que adoptó decisión declarando su falta de legitimidad en la causa por activa, no queda otro camino que admitir que su conducta es objetivamente atípica o que no configura la conducta de prevaricato por acción, respecto de la cual figura como indiciada. Por tal motivo ha de proceder la preclusión de la investigación adelantada en su contra.

Siendo así, por estricta sustracción de materia, no hay lugar a avanzar hacia el estudio de la argumentación presentada por la Fiscalía y que estaba dirigida hacia la determinación de una atipicidad subjetiva por ausencia de dolo. En concepto de esta Corporación Judicial, la conducta revisada es objetivamente atípica y por ello debió el representante del ente acusador proceder directamente al archivo del proceso, en los términos del artículo 79 procesal penal y de la sentencia C-1154 de 2005, antes de convocar al tribunal de conocimiento para el análisis de la causal preclusiva de artículo 332 numeral 4 de la misma codificación, tal cual como lo había determinado respecto de la Jueza Segunda Civil del Circuito de Pasto, doctora xx. La norma citada permite que la Fiscalía disponga el archivo unilateral de las diligencias cuando tenga conocimiento de un hecho probablemente delictuoso y constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, lo cual, según la exequibilidad condicionada de la norma, corresponde a la tipicidad objetiva; decisión que deberá ser motivada y comunicada

al denunciante y al Ministerio Público, para el ejercicio de sus derechos y funciones.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: PRECLUIR la investigación seguida en contra de la señora xx, por el delito de PREVARICATO POR ACCIÓN, según hechos que tuvieron ocurrencia el 21 de enero de 2014, cuando se desempeñaba como Jueza Civil del Circuito ... de Pasto – Nariño, conforme lo establecido en el artículo 332 numeral 4 de la Ley 906 de 2004, y con fundamento en la atipicidad objetiva del hecho investigado.

SEGUNDO: En firme la presente decisión ARCHÍVESE el expediente.

TERCERO: Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que contra ella proceden los recursos de reposición y apelación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

ANA JULIETA ARGÜELLES DARAVIÑA
Magistrada

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario