|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C.,** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420180007000** |
| DEMANDANTE | **MARCIA PATRICIA PEÑA HERNANDEZ, JUAN CARLOS CELIS PEÑA, LUIS CARLOS PEÑA JIMENEZ, MAGDALENA HERNANDEZ DE PEÑA, ANGELA MARIA DE LAS MERCEDES PEÑA HERNANDEZ, VICTOR RICARDO PEÑA HERNANDEZ, CARLOS MIGUEL PEÑA HERNANDEZ, NUBIA MAGDALENA PEÑA HERNANDEZ, LUIS FELIPE PEÑA HERNANDEZ** |
| DEMANDADO | **NACION - RAMA JUDICICIAL - FISCALIA GENERAL DE LA NACION** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPARACIÓN DIRECTA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de REPARACIÓN DIRECTA iniciado porMARCIA PATRICIA PEÑA HERNANDEZ, JUAN CARLOS CELIS PEÑA, LUIS CARLOS PEÑA JIMENEZ, MAGDALENA HERNANDEZ DE PEÑA, ANGELA MARIA DE LAS MERCEDES PEÑA HERNANDEZ, VICTOR RICARDO PEÑA HERNANDEZ, CARLOS MIGUEL PEÑA HERNANDEZ, NUBIA MAGDALENA PEÑA HERNANDEZ, LUIS FELIPE PEÑA HERNANDEZ contra la NACION - RAMA JUDICICIAL - FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

* 1. **ANTECEDENTES:**
  2. **LA DEMANDA**
     1. **PRETENSIONES**

*“(…)* ***PRIMERO:*** *Que la Nación- Consejo Superior de la Judicatura, Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, son administrativa y patrimonialmente responsables de forma solidaria de la totalidad de los daños y perjuicios materiales e inmateriales, morales, ocasionados a los demandantes MARZIA PATRICIA PFÑA PENA HERNANDEZ identificad con C.C Nº 41.578.805 de Bogotá, su padre LUIS CARLOS PEÑA JIMENEZ con c.c. Nº 53.603, SU MADRE magdalena hernadez de peña 20.515.689 de Facatativa, su hijo JUNA CARLOS CELIS PEÑA conc.c. Nº 79.694.420 de Bogotá, su hermana ANGELA MARIA DE LAS MERCEDES PEÑA HERNADEZ, con Nº 35.518.745, su hermano VICTOR RICARDO PEÑA HERNADEZ con c.c. Nº 30.146.637 de Facatativá, CARLOS MIGUEL PEÑA HERNÁNDEZ con CC. No. 11432113 NUBIA MAGDALENA PEÑA HERNÁNDEZ con CC No 20'526.027 de Facatativá su hermano LUIS FELIPE PEÑA HERNÁNDEZ, 11445584 de Facatativá, con motivo de la Falla del servicio Derivada del Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia, de que fue víctima la Dra. MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ, siendo sindicada injustamente de los delitos de prevaricato por acción y omisión en concurso homogéneo y sucesivo dentro del proceso penal No 11001600009220100011801, donde el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Penal la absolvió mediante Providencia de fecha junio 14 del año 2014, decisión confirmada por la Honorable Corte Suprema de Justicia el 16 de diciembre del año 2015.*

***SEGUNDO:*** *Que como consecuencia de la anterior declaración, la Nación Consejo Superior de la Judicatura Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, deberán cancelar a los DEMANDANTES, por concepto de PERJUICIOS MATERIALES en la modalidad de DAÑO EMERGENTE, la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS ( $50'000.000) representados en las sumas de dinero que mi representada debió pagar como honorarios al abogado penalista Doctor JAVIER FERNANDO FONSECA ALVARADO, identificado con CC. No 79'688.598 de Bogotá y T.P. 107.480 del C.S. J., quien ejerció su defensa técnica durante todo el desarrollo del proceso penal No 11001600009220100011801 en primera instancia ante el H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA PENAL y en segunda instancia ante la Honorable CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- SALA PENAL.*

***TERCERO:*** *Que además, se CONDENE al Consejo Superior de la Judicatura, Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, a reconocer y pagar deberán cancelar a los DEMANDANTES, como valor de la indemnización de los PERJUICIOS MORALES las siguientes sumas de dinero:*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *PERJUICIOS INMATERIALES (MORALES)* | | | |
| *CONVOCANTES* | *SMLMV* | *SMLMV 2012* | *TOTAL* |
| *MARCIA PATRICIA PEÑA HERNANDEZ (Victima)* | *100* | *566.700* | *56.670.000* |
| *JUAN CARLOS CELIS PEÑA (HIJO)* | *80* | *566.700* | *45.336.000* |
| *LUIS CARLOS PEÑA JIMENEZ (PADRE)* | *50* | *566.700* | *28.335.000* |
| *MAGDALENA HERNANDEZ DE PEÑA (Madre)* | *50* | *566.700* | *28.335.000* |
| *ANGELA MARIA DE LAS MERCEDES PEÑA HERNANDEZ (hermana)* | *30* | *566.700* | *17.001.000* |
| *VICTOR RICARDO PEÑA HERNANDEZ (hermano)* | *30* | *566.700* | *17.001.000* |
| *CARLOS MIGUEL PEÑA HERNANDEZ (hermano)* | *30* | *566.700* | *17.001.000* |
| *NUBIA MAGDALENA PEÑA HERNANDEZ (hermana)* | *30* | *566.700* | *17.001.000* |
| *LUIS FELIPE PEÑA HERNANDEZ (hermano)* | *30* | *566.700* | *17.001.000* |
| *GRAN TOTAL* | *430* |  | *215.346.000* |

***CUARTO:*** *Derivado de la responsabilidad administrativa y patrimonial las Entidades Demandadas cancelen a mi poderdante por todo concepto de perjuicios por la afectación a su honra, buen nombre y vida en relación en una cuantía propia a lo que resulte probado dentro del sumario y se peticiona se liquide por la instancia judicial respectiva y competente.*

***QUINTO:*** *Que la indemnización sea indexada y actualizada a la fecha en la cual se dé el pronunciamiento respecto de la instancia de conocimiento.*

***SEXTO:*** *Que se paguen los intereses corrientes y moratorios del monto total de la indemnización.*

***SEPTIMO:*** *Condenar en costas a las Entidades demandadas conforme al artículo 188 del CPACA.*

***OCTAVO:*** *La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a una tasa equivalente al DTF, desde la ejecutoria de la correspondiente sentencia.*

***NOVENO:*** *Las partes demandas darán cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 192 ibidem (…)”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
       1. El 13 de febrero del año 2012, en audiencia preliminar realizada por el Juzgado 17 Penal Municipal de Control de Garantías, la Fiscalía 63 formuló imputación de cargos a la doctora MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ por los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, en concurso homogéneo y sucesivo tipificados en los artículos 413 y 414 del Código Penal, respectivamente, en calidad de autora, igualmente en concurso homogéneo y sucesivo, en el lapso comprendido en el año 2007 y 2009, audiencia en la que el ente acusador solicitó el embargo del bien inmueble ubicado en la Calle 22 D No. 75-10 de esta ciudad, propiedad de la sindicada.
       2. Por considerar que estos punibles se consumaron en el curso del proceso Ejecutivo Singular con radicado 2001-1565 adelantado por Lucila Gómez vs Santos Millán y María Teresa Vargas Paz, con ocasión de las decisiones proferidas frente a solicitudes que se señalaban el secuestro irregular del predio denominado El Naranjo, en diligencia materializada por la Juez Comisionada de Pandi -Cundinamarca; Así como el retardo u omisión en emitir pronunciamiento a diferentes memoriales en el citado lapso de tiempo.
       3. Mediante escrito presentado el 12 de marzo del año 2012, la Fiscal 63 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá -Sala Penal- presenta escrito de acusación contra la Dra. MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ.
       4. En sesiones del 30 de marzo y 19 de abril del mismo año, se practicó la audiencia de Formulación de Acusación, en la que previa solicitud de la Sala, la Fiscalía describe y clarifica cada una de las conductas de Prevaricato por acción y por omisión que le fueron imputadas, las cuales se sintetizan a continuación:

1. Por la expedición del auto de fecha 22 de febrero del año 2007, ordenando estarse a lo resuelto en auto de fecha 24 de julio del año 2002, por el signatario Sr. ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA no ser parte en el proceso.
2. Por la expedición del auto de fecha 27 de Junio del año 2007 en el que por petición de la parte actora, se ordenó el avalúo del predio rural Altamira y comisionó al Juez Promiscuo Municipal de Pandi para designar perito avaluador.
3. Fundamentado en la expedición del auto de fecha 23 de Agosto del año 2007, mediante el cual se negó el llamamiento ex -oficio que contempla el artículo 58 del C.P.C. y se negó la nulidad planteada por la demandada TERESA VARGAS PAZ.
4. Fundamentado en la expedición del auto de fecha 2 de octubre del año 2007, por el cual se resolvió adversamente los recursos de reposición y apelación interpuestos por la demanda antes citada, que negó la solicitud de aplicación del llamamiento ex – oficio
5. Fundamentos en la expedición de los autos de fecha 8 de noviembre del año 2007, en el sentido de no escuchar al señor ERNESTO GUTIERREZ VARELA, por no ser parte en el proceso Ordenado que el perito practicara el avaluó del bien secuestrado, y que el secuestre designado Efraín Roldan rinda cuentas gestión
6. Fundamentado en la expedición del auto de fecha 12 de diciembre del año 2007, en el sentido de no escuchar al ya citado Sr. GUTIÉRREZ VARELA, y estarse a lo resulto en auto de fecha 8 de noviembre del 2007, por no ser parte en el proceso.
7. -Fundamentado en la expedición del auto de fecha 26 de marzo del año 2008, en el que se indicó que el memorialista Ernesto Gutiérrez Várela no era parte del proceso.
8. Fundamentado en la expedición del auto de fecha 28 de mayo del año 2008, advirtiendo a la demandada estarse a lo resuelto en auto de fecha 26 de marzo del mismo año, y de igual manera, abstenerse de tramitar la solicitud presentada por el señor Gutiérrez Várela en virtud de no ser parte en el proceso.
9. Atribuido a la procesada por la expedición del auto calendado 20 de octubre del año 2008, en el que se dispuso cumplir lo ordenado por el superior en el Fallo de tutela del 16 de octubre del año 2008, por considerarlo confuso por ordenar nulidad parcial, sin motivación debida decretando nulidad con efectos futuros.
10. Sustentado, en el auto proferido el 28 de enero del 2009, mediante el cual con posterioridad al fallo de tutela se negó la nulidad propuesta por la demandada MARÍA TERESA VARGAS PAZ y se le resolvieron otras peticiones de aclaración al auto del 20 de octubre del año 2008, reiterando la pasiva la solicitud de nulidad de los predios.
11. Sustentado en la omisión de la acusada en no resolver petición del Ministerio Público del 15 de agosto del año 2008.
12. Fundamentado en la omisión de resolver la petición del 21 de noviembre del año 2008 presentada por la demandada Vargas Paz, relacionada con la actuación del auto del 20 de octubre del 2008, argumentando la acusadora que "actualizando sus conocimientos haber declarado la nulidad de la diligencia de secuestro."
13. Sustentado en el supuesto retardo de la acusada en resolver las solicitudes de nulidad del secuestro y por incumplimiento a la orden del juez del tutela, decretando nulidad de la diligencia de secuestro.
    * + 1. Ahora bien, la audiencia Preparatoria se realizó durante los días 17, 23 de mayo y 18 de septiembre del año 2012.
        2. Por los cargos anteriores, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Bogotá- Sala Penal- mediante Sentencia de fecha 17 de junio del año 2014, leída el 26 de junio del año 2014 absuelve a la Dra. Peña Hernández, en razón a que no se acreditó la concurrencia de los delitos de Prevaricato ni la tipicidad subjetiva, ni la tipicidad subjetiva en aplicación de los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004, respecto de cada uno de las conductas punibles que fueron objeto de acusación por parte de la Fiscalía 63 Delegada.
        3. Ordena igualmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 96 de la Ley 904 del 2004, modificado por el articulo 85 de la Ley 904 de 2004, el levantamiento del embargo decretado sobre el inmueble destiguido con matrícula inmobiliaria Nº 50C-620042, ubicado en la Calle 22 D Nº 75-10 Barrio Modelia de esta Ciudad propiedad de la Doctora Marzia Peña Hernandez.
        4. Contra la Sentencia de primer grado, la Fiscalía interpuso recurso de apelación respecto a la decisión emanada por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá.
        5. El Honorable Tribunal Superior de Bogotá -Sala Penal fundó su decisión en el hecho que no se acreditó, más allá de toda duda, la concurrencia del elemento normativo del tipo de prevaricato por acción ni omisión consistente en emitir u omitir decisión manifiestamente contraria a la Ley, ni la tipicidad subjetiva en aplicación de los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004, respecto de cada uno de los prevaricatos que le atribuyó en su momento la Fiscalía 63 Delegada.
        6. Contra la sentencia de primer grado, la Fiscalía interpuso recurso de apelación respecto a la decisión emanada por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá.
        7. Con fallo de diciembre 16 de 2015 y lectura del 18 del mismo mes y año, la Honorable Corte Suprema de Justicia confirma la Sentencia apelada, con absolución a favor de la Dra. Marzia Peña Hernández.
        8. Las acusaciones formuladas por la Fiscalía en contra de la Dra. Marzia Patricia Peña Hernández, resultan antijurídicas, contrarias a derecho, pues existió una errónea apreciación de los hechos, una desfasada equivocación de la realidad fáctica en la hipótesis normativa aplicada al trámite ejecutivo del proceso Civil, incurriendo en una indebida valoración probatoria, que produjo un DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, por las siguientes razones:

Y es que, en efecto, si de aplicar a esta clase de procesos las reglas sustantivas y procesales del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL se trataba, y evidentemente era lo que correspondía hacer a la Fiscal acusadora antes de adentrarse a imputar a diestra y siniestra cargos contra cada decisión judicial que se adoptó en tal proceso ejecutivo, fácilmente hubiera podido detectar:

**a)** Que no fue mi representada quien practicó la diligencia de secuestro del inmueble denunciado como de propiedad de la ejecutada MARIA TERESA VARGAS PAZ, denominado Altamira, sino la Juez Promiscuo Municipal de Pandi (Cundinamarca), a quien por auto de fecha 5 de junio del año 2002 se le comisionó para su materialización.

**b)** Que no se trató que por error se hubiera practicado la diligencia sobre el predio denominado LOS NARANJOS que no fue objetos de ninguna mediada cautelar en este proceso-, sino que al proceder a su alineación, al parecer se incurrió en error en uno de los linderos, circunstancias que se estableció con posterioridad con fundamento en una prueba pericial ordenada por el Juez de Conocimiento MARZIA PATRICIA PEÑA CELIS.

**c)** Que devuelto el despacho comisorio diligenciado con ese supuesto error de linderos, aunque ciertamente el art. 34 del C. P. C. en su anterior versión tenía previsto que, éste mediante auto se ordenará agregar al expediente para que las PARTES puedan, dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación de ese auto alegar nulidades por actuación del comisionado que exceda los límites de sus facultades, pese a que el aludido auto no se profirió inmediatamente, del despacho comisorio devuelto tuvieron conocimiento las partes, pues estaba agregado físicamente al expediente, pues en relación con la comisión se elevaron inmediatamente peticiones tanto del tercero ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA, como por la misma ejecutada MARÍA TERESA VARGAS PAZ.

**d)** Sólo que en relación con el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA, se trataba de un tercero que no podía alegar la nulidad porque su intervención en el proceso estaba limitada a lo establecido en el art.61 del C. P. C. Y aunque trató de iniciar el incidente de levantamiento de secuestro a que se refiere el art.687 de la codificación en cita, los autos dan cuenta que no otorgó la caución ordenada que exige el numeral 8º. Inciso 2º de la mencionada disposición, motivo por el cual no se dio trámite al mismo, decisión a todas luces legales. Amén, que reclamaba el levantamiento de secuestro del predio ALTAMIRA del cual no era poseedor.

**e)** Posteriormente, cuando la demandada MARÍA TERESA VARGAS PAZ, solicita la declaratoria de la diligencia de secuestro, el término para alegarla estaba precluído. Art.687-2 (fl. 125-16 cua.4).

**f)** Se aplicó legalmente en los eventos, d) y e) lo establecido en el art. 118 del C. P. C, norma según la cual, "Los términos y oportunidades señalados en este Código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario".

**g)** Lo anterior no constituyó óbice, para que posteriormente de oficio se dispusiera en el proceso, nueva comisión a la misma Juez Promiscuo Municipal de Pandi con el fin de que se constara la verificación de linderos, ello en aplicación al debido proceso art.29 C.N. Diligencia practicada el 20 de abril del año 2007, confirmando en la misma que el secuestro recayó realmente sobre el inmueble lote denominado ALTAMIRA de la vereda Mercadillo de la Jurisdicción de Pandi- Cundinamarca del inmueble trabajado en la ejecución.

En lo referente a los diez (10) cargos de prevaricato por acción, tampoco en ninguna vulneración a normas sustanciales y de procedimiento se incurrió en el trámite del proceso porque:

**h)** Dados los presupuestos procesales para ordenar el avalúo del bien, por estar registrado el embargo en el folio de matrícula inmobiliaria No 157-9193 y encontrase secuestrado el predio rural denominado ALTAMIRA, procedía la aplicación del artículo 516 del C.P.C., máxime, que para ese momento no existía dentro del plenario prueba que desvirtuara lo contrario con relación al secuestro de citado bien, (auto del 27 de junio del 2007)

**i)** No siendo aplicable a los procesos de ejecutivos la figura Jurídica del llamamiento ex-oficio, de conformidad con los artículos 52 y 58 del C.P.C., se despachó en forma desfavorable tal solicitud; Frente al recurso de reposición impetrado se mantuvo la improcedencia de la figura jurídica reclamada. En su lugar, se le reiteró a la demandada que en aras de proteger el debido proceso, de oficio se ordenó la verificación de linderos del predio Altamira, ratificándose el resultado de la primera diligencia. Además, que tratándose de un proceso de MÍNIMA CUANTÍA, éste es de

ÚNICA INSTANCIA ante lo cual no se accedió a la concesión de una apelación interpuesta por la pasiva contra el auto del 23 de agosto de 2007.

**j)** Y en relación con los autos del 8 de noviembre y 12 de diciembre del año 2008 y 26 de marzo y 28 de mayo del año 2008, que rechazó la solicitud de nulidad impetrada por el supuesto tercero ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA, se debió a no ser parte, ni tercero legalmente reconocido en el proceso.

**k)** En cumplimiento al Fallo de tutela de fecha 16 de octubre del año 2008, para los efectos del artículo 34 del C.P.C., se agrega mediante auto el despacho comisorio diligenciado por la Juez de Pandi, y se declara la nulidad de la actuación surtida con posterioridad a la adherencia del mismo. Incluyendo, el auto del 28 de mayo del 2008 que había rechazo una nulidad de la demandada en cuaderno separado; a ello obedeció el auto del 20 de octubre del 2008.

Igualmente, con proveído del 10 de noviembre del 2008. se le comunica al señor GUTIERREZ VARELA que resuelta la nulidad deprecada por la demanda MARIA TERESA VARGAS, se resolvería su escrito de oposición.

Es así, como proveído del 28 de enero de 2009, se niega la Nulidad de la diligencia de secuestro presentada por la demanda MARIA TERESA VARGAS PAZ, fundamentada en la diligencia de verificación de linderos practicada el 20 de abril del año 2007, con base en lo establecido por el Ministerio Público, respecto a que el inmueble Altamira se encontraba claramente determinado y un plano del Instituto Geográfico verificando su ubicación y forma longitudinal.

Advirtiendo, que en caso de establecerse lo contrario se efectuarían los correctivos a lugar, ello podría ser al resolver las peticiones del señor ERNESTO GUTIÉRREZ. Razones éstas suficientes para que el Juez Constitucional se abstuviera de abrir el incidente de desacato solicitado por el citado señor.

**I)** La demandada a través recurso de reposición que data 12 de mayo del año 2009, ataca el contenido del auto de 28 de enero del 2009 que negara la nulidad deprecada, en consecuencia, previo a resolver el recurso, considera la JUEZ MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ, vital para la determinación de los linderos y cabida exacta y localización de cada uno de los predios Altamira y el Naranjo DECRETAR UNA PRUEBA PERICIAL, ordenando oficiar para ello al INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI.

Prueba Pericial fehaciente que arrojó resultados positivos, a pesar de los reiterativos y dilatorios memoriales, quejas y denuncias presentadas durante todo el desarrollo de la actividad procesal, por los señores ERNESTO GUTIÉRREZ y la demandada MARÍA TERESA VARGAS PAZ, al punto de entorpecer el diligenciamiento del oficio respectivo para la efectividad de la citada prueba, con la cual la señora JUEZ que reemplazara a la titular del Despacho en licencia que al desatar el recurso de reposición pendiente, declara la Nulidad Parcial de la diligencia de secuestro practicada por la Juez Comisionada de Pandi Cundinamarca el 10 de julio del año 2002.

Finalmente, las solicitudes de la demandada TERESA VARGAS, se atendieron dentro de su oportunidad, conforme a lo previsto en Código de Procedimiento aplicable para la época, diferente es que no les asistiera el derecho en su oportunidad.

* + - 1. Se evidencia que el apoyo probatorio en el cual se basó la Fiscalía al punto de llevar la acusación a etapa de Juzgamiento fue absolutamente inadecuado, acudiendo incluso a obtener a través de su Investigadora SANDRA LILIANAN PRADO, prueba documental que no fue lega y oportunamente allegada al proceso ejecutivo, solo al fin de justificar los extraños y abusivos actos que cometió contra mi representada, por un ánimo torticero, prejudicial o ligero generándose daños que no se tenía el deber legal de soportar.
      2. Las actuaciones de la Fiscalía causaron graves perjuicios materiales y morales a los demandantes así:

**a)** Fue objeto de una desmesurada acusación pues al ser sindicada de hechos punibles fue puesta en la categoría de una delincuente, se atentó contra su intimidad, honra y buen nombre que siempre la había caracterizado, dado su larga trayectoria en el desempeño como Juez Civil Municipal y Circuito de Bogotá, situación que le originó zozobra, desasosiego y serias preocupaciones, por cuanto éstas circunstancias le generaran una desestabilización emocional a ella, y a sus familiares.

**b)** Se afectó su patrimonio, en virtud al embargo registrado sobre el inmueble ubicado en la Calle 22 D No. 75-10 de la ciudad de Bogotá. Fruto del trabajo de toda su vida, lo cual les causó una inmensa preocupación y profunda tristeza.

**c)** Fue receptora de perjuicios morales como a su vida en relación junto con su vínculo y/o núcleo familiar, debido a que los sufrimientos y dolor padecidos por los actores durante el lapso que duró el proceso, resultan causalmente relacionados pues la formulación de acusación de los delitos de prevaricato, y la medida cautelar de que fue objeto su patrimonio fruto del trabajo de toda su vida, y el no poder asumir en la intimidad de su hogar la calamidad de tipo doméstico y moral, como lo fue la pérdida de su menor hijo Eduardo José Celis Peña, quien falleciera un mes antes a la imputación de las conductas punibles, procede la indemnización de perjuicios a favor de la penalmente absuelta, por cuanto se atentó contra la unidad familiar, quienes padecieron conjuntamente las angustias y sufrimientos de la actora.

**d)** Los perjuicios materiales están representados en el valor que la Dra. MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ tuvo que cancelar al abogado que asumió su defensa en el proceso penal en penal por el valor de CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($50'000.000) Mcte.

* 1. **LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**
     1. El apoderado del demandado **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** manifestó que se opone a todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, porque considera que en el presente caso no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar algún tipo de responsabilidad en cabeza de su representada.

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| FALTA DE LEGIMITACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: | Desde la vigencia de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación solicita medida de aseguramiento, imputa y acusa el delito por el cual se investiga a la sindicada, tal y como ocurrió en el caso en estudio, sin embargo, es el juez de Control de Garantías y/o de conocimiento los que deciden y avalan dichas solicitudes. El ente acusador desde la vigencia de la norma antes citada, es una parte procesal mal en el proceso penal. Lo anterior, conlleva a que el presente caso la Fiscalía quede EXIMIDA de responsabilidad por falla del servicio, pues la legalidad fue avalada por el respectivo juez competente. |
| INEPTITUD FORMAL DE LA DEMANDA POR INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL | De acuerdo a lo mencionado anteriormente podemos concluir que no hay nexo sustancial entre las partes con ocasión del presunto daño producido, es decir, la vinculación al proceso de la demandante, se dio bajo la Ley 906 y como ya se explicó es el juez quien avala la imputación hecha por la Fiscalía y en consecuencia es quien determina la viabilidad déla misma. Y es de resaltar, que con la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación no se ocasiono ningún perjuicio a la parte demandante, así como tampoco, fueron probados. |
| INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURIDICO | El artículo 90 de la Carta Política determina que el Estado responderá patrimonialmente por daños, pero no cualquier clase de daños, en ella se señala expresamente que son los denominados ANTIJURÍDICOS, agregando además "que le sean imputables", causados ya sea por acción o por omisión de las autoridades públicas.  Así, la responsabilidad estatal está construida a partir de la consideración de antijuridicidad de la conducta o actividad del agente público, carente de título jurídico válido y que excede las obligaciones que debe soportar el individuo como integrante de la sociedad; en el caso específico fue la vinculación a un proceso penal por imputación y acusación que realizo el ente acusador, ajustándose a la Constitución Política de Colombia y a la Ley. |
| COBRO DE LO NO DEBIDO | No hay lugar al pago de las sumas que se pretenden por la parte actora conforme con lo expuesto anteriormente. |
| INEPTITUD FORMAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LA PRETENSIÓN DE FALLA DEL SERVICIO | La parte actora no refiere el título de imputación por el cual debe ser condenada la Fiscalía General de la Nación y menos aún la presunta responsabilidad atribuible a la misma. |
| CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL | Es importante destacar que la Fiscalía General de la Nación en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 250 dio inicio a la investigación penal adelantada en contra de la señora MARCIA PATRICIA PEÑA HERNANDEZ, fundamentándose única y exclusivamente en las pruebas legalmente aportadas en su momento, las cuales fueron valoradas en su oportunidad por parte de la Fiscalía de conocimiento. |
| HECHO DE UN TERCERO | De acuerdo al escrito de la demanda y a las pruebas que obran en la misma, se concluye que el proceso penal se inició como como consecuencia del proceso Ejecutivo Singular con radicado 2001-1565 adelantado por Lucila Gómez vs Santos Millán y María Teresa Vargas Paz, con ocasión de las decisiones proferidas frente a solicitudes que se señalaban el secuestro irregular del predio denominado El Naranjo, en diligencia materializada por la Juez Comisionada de Pandi -Cundinamarca; Así como el retardo u omisión en emitir pronunciamiento a diferentes memoriales en el citado lapso de tiempo; hecho que fue puesto en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación y conllevó a que se iniciara la investigación penal contra la señora MARCIA PATRICIA PEÑA HERNANDEZ. |
| LAS GENÉRICAS | Sean las anteriores razones suficientes por las que respetuosamente me permito replicar a la Señora Juez, para que se procure un fallo que deniegue todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda.  Finalmente podemos observar que la Fiscalía no violó ni desconoció los preceptos legales aducidos en el acápite Fundamentos de Derecho, como ya se dijo, actuó conforme a derecho y a lo ordenado por la Constitución Política y la Ley. |

* + 1. El apoderado del demandado **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** se opone a todas las declaraciones y condenas que sean contrarias a la Entidad que represento, toda vez que no existe razón de hecho o derecho sobre la cual el Estado deba resarcir daño alguno a terceros porque carece de fundamentos jurídicos tal como se demuestra a continuación.

Se ratifica en todas y cada una de las razones de hecho y derecho expuestas, tanto en esta contestación a los hechos de la demanda como en las razones de la defensa, solicitando se absuelva de todo cargo a la Entidad que representa, declarando las excepciones que de conformidad con el artículo 187 inciso 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, resultaren probadas.

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **HECHO DE UN TERCERO** | En el entendido que fue la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN quien, en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales, formuló imputación y posteriormente acusación en contra de la señora MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ, por la presunta comisión del delito de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, por cuanto la valoración probatoria no permitió llevar a la certeza respecto de la responsabilidad de la conducta endilgada, en tanto no se pudo demostrar la teoría del caso y, de los testimonios y pruebas traídas al juicio, ellos no se comportan como contundentes para proferir sentencia de condena.”  Luego, es evidente que la génesis de la demanda administrativa, se dio con el actuar de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN al decidir que había una inferencia razonable de autoría para efectos de la imputación, y posteriormente un estándar de conocimiento de probabilidad de verdad para la formulación de la acusación, solo que, para lograr una sentencia condenatoria por parte del Juez de Conocimiento, el estándar de prueba que se exige, debía apuntar a un conocimiento más allá de toda duda, y en el caso de la señora MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ, ante la pobreza de las probanzas recaudas por el ente acusador, después de vario tiempo de labor investigativa, por manera que el presunto daño alegado, de existir, resulta imputable al actuar de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y de allí que se diga desde ya que se presenta carencia absoluta de responsabilidad por parte de LA RAMA JUDICIAL, por ausencia de nexo causal por el hecho de un tercero.  Así en materia del nexo causal, frente al caso que se analiza, resulta evidente que en el proceso penal llevado en contra del señora PEÑA HERNÁNDEZ, y frente a los presuntos perjuicios causados, desde un punto de vista de la causalidad material, tuvieron origen en la no demostración de la teoría del caso propuesta por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y de allí que se trate del hecho de un tercero, como causal que rompe el nexo de causalidad entre el acto jurisdiccional que definió la controversia y el daño que se alega como irrogado.  Debe tenerse en cuenta que para que el eximente de responsabilidad del “hecho de un tercero” se estructure debe contar con los siguientes elementos:   * Debe ser la única causa del daño. * Debe estar plenamente identificado e individualizado el tercero. * Debe existir ausencia total de vínculos de dependencia o que generen alguna relación entre el funcionario y el tercero. * El tercero no haya colaborado con el causante del hecho y además que su conducta haya sido imprevisible e irresistible para el funcionario, es decir que el funcionario con su actuar no haya podido impedir dicha conducta del tercero, es decir que la conducta del tercero debe ser la generante del hecho dañosos antijurídico.   Siendo así lo anterior, encontramos que en el caso sub-examine fue la deficiente actividad probatoria de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN la que dio al traste con la teoría del caso que había propuesto, lo que condujo a que el Juez de Conocimiento absolviera al procesado; por tanto el tercero (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) se encuentra identificado e individualizado.  Por otra parte, no existe ningún vínculo de dependencia o que genere relación alguna entre LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL.  Y por último, fue el actuar de LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN el que generó el pretendido daño irrogado al demandante MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ, al investigarla, denunciarla y acusarla como presunta autora del delito de prevaricato por acción y por omisión, siendo este el hecho fundamental de la controversia suscitada.  En ese orden de ideas, no se cumplen los presupuestos para que se declare la responsabilidad administrativa que se pregona en el presente asunto, respecto de LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL, en razón a que se encuentra plenamente acreditada la causal eximente de responsabilidad del HECHO DE UN TERCERO. |
| **LA INNOMINADA.** | De conformidad con el Artículo 187, inciso 2º. del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicito se declare cualquier otra que el fallador encuentre probada en el curso del proceso. |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
     1. La apoderada de la parte **DEMANDANTE** señaló que en *“el caso de estudio se tiene que la demandante fue objeto de imputación y acusación por el presunto delito de prevaricato por acción y omisión en concurso homogéneo y sucesivo por las supuestas irregularidades cometidas en su calidad de juez 22 civil municipal dentro de un proceso ejecutivo de mínima cuantía consistentes en el supuesto secuestro de un predio rural denominado los naranjos, propiedad de un tercero y diferente al embargado dentro del proceso en cita.*

*Considerando que las imputaciones de la fiscalía se formularon sobre un fundamento jurídico equivocado pues incurrió en una desfasada valoración probatoria contraria a la realidad normativa procedimental aplicable al proceso ejecutivo al señalar que cada una de las actuaciones de la doctora MARZIA PEÑA HERNANDEZ constituían un prevaricato afirmando además que las cometió con conocimiento y causa, cuando en realidad de verdad dentro del proceso ejecutivo nunca estuvo embragado, ni secuestrado el predio los naranjos, que no fue la juez 22 civil municipal quien materializó la diligencia de secuestro pues fue la comisionada juez promiscua municipal de Pandi.*

*Que el tercero incidental acude al proceso sin cumplir con la normatividad aplicable que era prestar una caución para ser escuchado en un incidente, que pretende ser escuchado dentro de todo el proceso, cuando su calidad de tercero solo lo permitía de conformidad con el artículo 61 como incidente interesado.*

*Que posteriormente y después de muchas acusaciones, investigaciones que hace ERNESTO GUTIERREZ VARELA queda establecido en su oportunidad procesal por parte de la señora juez que MARZIA PENA en su momento que actuó en legalidad dentro del proceso porque de conformidad con el artículo 516 del CPC en su momento vigente, ordena una prueba pericial para el avalúo del bien y de una vez ordena oficiar al Instituto Geográfico Agustín Codazzi para que el IGAC avalúe y realice nuevamente la diligencia de ese puesto y se establezca la veracidad, a pesar de ello no fue óbice para que durante el proceso con anterioridad también hubiese ordenado que se volviera hacer diligencia de secuestro sobre ese inmueble estableciendo nuevamente la juez de Pandi que no habían errores en su momento.*

*Con las acusaciones y con la desfasada fundamentación jurídica que hace la Fiscalía se incurre en un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia al solicitar igualmente al juez de garantías medida de aseguramiento contra la señora juez que no fue efectiva y a solicitar el embargo del inmueble propiedad de ella, de su patrimonio que había obtenido durante todo el trabajo en la rama judicial.*

*Delito de prevaricato pro acción y omisión del que fue absuelta tanto por el juez de primera instancia como por el juez de segunda instancia por la honorable Corte Suprema de Justicia causando con toda esta actuación equivocada y su desfasada valoración probatoria en sus acusaciones e imprecisiones daños y perjuicios de orden material moral a su poderdante.*

*A su turno tenemos de la prueba testimonial agotada en esta instancia quedo demostrado que con los sufrimientos y temores padecidos por los actores durante el lapso que duro el proceso resulta causalmente relacionados con las injustas e ilegales imputaciones y acusaciones de que fue objeto en el proceso penal por parte de la Fiscalía en las que solicito ante el juez reitero de garantías la medida de aseguramiento de detención preventiva y el embargo de su patrimonio casa y habitación dando lugar a que se reconozca la indemnización de los perjuicios aquí reclamados por los demandantes en virtud a que esta circunstancia afectaron su esfera familiar afectando también su parte emocional y su entorno social ala aquí demandante, amen que también padeció la pérdida de un hijo de un duelo el cual no pudo ni ella misma fortalecer a sus padres adultos mayores en ese trance, en cuanto al daño emergente reclamado la cuantía solicitada por concepto de los honorarios cancelados al abogado JAVIER FENRANDO RUGELES FONSECA respetuosamente solicita que se tenga en cuenta la certificación aportada como prueba al proceso porque fue suscrita por el propio abogado JAVIER FERNANDO RUGELES FONSECA y que esta no fue en ningún omento tachada de falsa pro ninguna de las entidades demandadas, por lo que solicita sean acogidas las pretensiones de la demanda”*.

* + 1. La apoderada de la ***NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION*** *se ratifica en los argumentos contenidos en la contestación de la demanda y se opone a todas y cada una de las pretensiones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda porque "en el presente caso no se estructuran los supuestos esenciales que permitan configurar algún tipo de responsabilidad por parte de la Fiscalía General de la Nación.*

*La fiscalía dio inicio a la investigación penal adelantada contra la hoy demandante MARZIA PATRICIA PEÑA HERNANDEZ fundamentándose únicamente y exclusivamente en las pruebas legalmente aportadas las cuales fueron valoradas en su oportunidad por parte de la fiscalía de conocimiento, es decir, el ente de conocimiento actuó de conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la constitución política de Colombia, es evidente la ausencia de falla en el servicio e inexistencia de daño antijurídico.*

*Teniendo en cuenta que mediante el medio de control de reparación directa los demandantes pretenden que s eles repare los perjuicios originados por haberse sindicado injustamente a la señora MARZIA PATRICIA PEÑA HERNANDEZ de los delitos de prevaricato por acción y omisión en concurso homogéneo y sucesivo se debe proceder a analizar si en verdad la fiscalía general de la nación se le puede imputar fáctica y jurídicamente el daño alegado.*

*Una vez estudiadas las pruebas allegadas al proceso resulta pertinente determinar que la fiscalía no es responsable de los perjuicios que s ele imputa, esto es, la vinculación a un proceso penal, en el caso en estudio como lo ha indicado el consejo de estado en los eventos en que no exista la privación de la libertad dentro de una investigación penal no hay daño antijurídico que resarcir toda vez que los ciudadanos tenemos la carga jurídica de soportar investigaciones penales y más aún cuando la misma inicio por una denuncia penal , partiendo del hecho que dentro de la investigación penal que se adelantó en contra de la hoy demandante no se le privo de la libertad ni se le expidió orden de captura en su contra pretender lo contrario sería menoscabar los deberes y las obligaciones legales y constitucionales de la Fiscalía de adelantar las investigaciones penales que pro supuestos hechos delictivos se hayan puesto en su conocimiento, en otras palabras la entidad no puede predicarse una actuación distinta a la desplegada pues tenía la obligación de adelantar la investigación penal por los hechos que se le imputaban a la hoy demandante.*

*En cuanto a los perjuicios solicitados se solicita al despacho se tenga en cuenta que en el presente caso no se configura un daño antijurídico y por lo tanto no puede ser imputable a su representada, en cuanto a la daño emergente solicito que se niegue toda vez que no está probado dentro el proceso cuales fueron las erogaciones que realizo la hoy demandante con ocasión de la investigación penal que se adelantó, en cuanto al lucro cesante esta probado que la hoy demandante no dejo de trabajar con ocasión de la investigación y que pudo desarrollar su actividad libremente.*

*En conclusión se configura frente a la entidad falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de nexo causal, ausencia de pruebas en la demostración de la falla en el servicio de la administración de justicia a efectos del resarcimiento de los daños jurídicos irrogados, pues no se encuentra dentro del plenario elementos de convicción que permitan concluir en favor de las pretensiones de los demandantes, que haya habido una actuación irregular por parte de la Fiscalía General de la Nación.*

*En cuanto a la medida cautelar de embargo sobre el inmueble propiedad de la demandante, se evidencia que dentro del proceso no objeto la medida cautelar como parte demandante por lo que solicita a la señora juez negar las pretensiones de la demanda y se exonere de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación".*

* + 1. El apoderado de la **NACION - RAMA JUDICIAL** dijo: *“de entrada se solicita negar las pretensiones de la demanda, atendiendo a que no se probó como correspondía a la parte demandante demostrar los requisitos que se deben demostrar para que se configure el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y ello básicamente por las siguientes razones. Manifiesta la parte demandante que se incurrió en tal título de imputación por las aquí demandas en razón al adelantamiento de un proceso penal en su contra que se inicia en el año 2012, cuando le son imputados unos cargos por parte de la Fiscalía General de la Nación y atendiendo a que en su rol de juez presuntamente se habían vulnerado unas normas de derecho dentro del trámite de un proceso ejecutivo.*

*Como vimos en los alegatos que manifiesta la parte demandante trajo a la sazón los mismos argumentos que se alegaron en el proceso penal pero lo que aquí debió demostrar es que en verdad esa actuación penal le trajo una vulneración a sus derechos que eso le causó un daño, en consecuencia un perjuicio que le debe ser indemnizado.*

*En apariencia visto su escrito de demanda ella lo que resalta es que se pudo haber incurrido en un error judicial, peor recordemos que incluso si se trata de alegar que se trató de demostrar un erro judicial lo que se debe demostrar por la parte es que agoto todos los recursos de ley contra esa providencia, en especial contra la audiencia de imputación que le formula la fiscalía y contra el auto que decreta la medida cautelar en contra de sus bienes, vemos que ninguno de esos recursos fue agotado por la entonces parte demandante.*

*Pero si lo que trata de demostrar es que es un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia nos ha enseñado la jurisprudencia que a él se hace referencia cuando se incurre por parte de la administración en cualquier otra falla que no está catalogada dentro del contenido de una providencia judicial, es decir, hace más referencia a las actuaciones administrativas que pueden adelantar tanto la Fiscalía en este caso como la Rama Judicial en el trámite del proceso, es decir, tiene que ver más con las actuaciones que adelantan los empleados del despacho en este caso con el secretario, o con los asistentes del Fiscal más no en si contra las providencias que dictan para el caso de la Rama Judicial el Juez entonces eso no se encuentra demostrado.*

*Recalca la parte demandante que se le causo un daño antijurídico por el hecho de haberse ordenado en su contra una medida cautelar que peso en contra de uno de sus bienes inmuebles pero en este caso ha de tenerse en cuenta que el mismo trámite del adelantamiento del proceso penal dispone en el artículo 97 de la ley 906 de 2004, una prohibición de enajenar contra las personas que son imputadas dentro de los 6 meses siguientes a que se practica dicha audiencia.*

*Además de lo anterior se recalca que se solicitó por parte de la Fiscalía la práctica de una medida cautelar, esa medida cautelar en manera alguna impide que se le prive en este caso o que se le haya privado al demandante del uso de ese bien, simplemente se deja una anotación, se hace una medida de embargo sobre uno de esos inmuebles y allí queda anotado en la respectiva oficina de instrumentos públicos que ese bien estaba siendo objeto de una medida cautelar, medida cautelar que recodemos se decreta en su momento por parte del juez de garantías pero a pedido de parte porque el juez de garantías no actúa de oficio, precisamente la ley 906 de 2004 señala en sus artículos 96 y subsiguientes, que a pedido del fiscal general se puede solicitar cualquier clase de medidas cautelares y de esta facultad hizo uso en momento el señor Fiscal y así lo solicitó al juez y el juez la decreta por dos razones básicamente que se reúnen en toda medida cautelar, esto es que se presente el humo de buen derecho y que se presente el peligro de la mora porque pues el peligro de la mora tiene que ver con la duración del proceso penal, si al final del proceso penal se hubiese emitido una sentencia condenatoria pues pudo haber ocurrido que la persona se insolventara, eso tiene que ver con ese requisito y el humo de buen derecho porque de acuerdo a esos materiales de prueba que presenta el fiscal en su momento de esa imputación puede determinar que a la fiscalía le asistía razón de esa imputación y que de verdad habían elementos materiales de prueba para que en su momento se decretara esa medida cautelar y no solo la medida cautelar sino para que se adelantara el proceso penal y verlos como en efecto aconteció porque el proceso no termina por preclusión, el proceso lleva su trámite normal de primera y segunda instancia.*

*Pero además de lo anterior observamos que también hubo incuria por parte de la demandante porque en ningún momento recurre ese auto que decreta la medida cautelar, ni tampoco en ningún momento en todo lo largo del proceso penal solicita el levantamiento de la medida cautelar porque bien pudo por ejemplo haber prestado caución para tal efecto.*

*Además de lo anterior se profiere la sentencia de primera instancia que es absolutoria allí se decreta el levantamiento de las medidas cautelares y ese levantamiento de las medidas cautelares, recordemos de que a pesar de que se apela la decisión, respecto de lo que tiene que ver con esas medidas se apela en el efecto devolutivo, es decir, que aun así de haberse apelado, aun podía la parte demandada, hoy demandante, solicitar que se le expidiera los oficios para levantar la medida cautelar sobre su bien, esto porque así lo dispone el artículo 177 , inciso segundo, numeral 2 de la ley 906 d e2004 y eso sucede el 26 de junio del año 2014, la decisión de segunda instancia se profiere hasta diciembre del año 2015 pero como vemos no se le causa ningún daño antijurídico con esa decisión.*

*Además de ello resáltese también que hoy en día la hoy demandante todavía tiene bajo su disposición ese bien inmueble entonces no es cierto tal y como se trató de demostrar aquí con las pruebas testimoniales que ella quería disponer de ese bien y quería venderlo.*

*Pero de todas maneras lo que quiero resaltar es que nos e le causa ningún daño antijurídico de otra parte se trató de demostrar el daño emergente con unos recibos de pago expedidos por el abogado JAVIER FONSECA sin embargo debemos resaltar y ya lo ha dicho el Consejo de estado que para ese efecto debe tenerse en cuenta que el dinero siempre deja una trazabilidad del mismo y que no basta con solo la emisión de esos recibos de pago sino que se debe demostrar de donde la parte le pago dicha suma de dinero y si esa parte que recibe el dinero lo ha reportado en sus declaraciones de renta de esa prueba nos e tiene acá en el proceso.*

*Finalmente, por el adelantamiento del proceso penal pues ella no estuvo privada de la libertad, no se demuestra que en razón a tal adelantamiento se le hayan causado daños y perjuicios que como ciudadana no estaba en la obligación de soportar pues esa es una carga que debemos soportar nosotros como ciudadanos por precisamente nuestra vida en sociedad por lo que solicita negar las pretensiones de la demanda”.*

* + 1. El **MINISTERIO PUBLICO** representado por la Procuradora Judicial 82 – 1 señaló que “la responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se enmarca en la teoría general de la falla del servicio por tanto es necesario probarla. En cuanto al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia habría que decir que este a diferencia del error judicial ser produce en las actuaciones judiciales diferentes a las providencias judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de estas últimas.

La fiscal 63 delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá en el presente asunto presentó escrito de acusación de 12 de marzo de 2012 en el que atribuye a la ahora demandante en calidad de juez 22 civil municipal de Bogotá haber incurrido en varios delitos de prevaricato por acción u omisión conductas que tuvieron ocurrencia en el trámite del proceso ejecutivo singular de mínima cuantía adelantado por Lucila Gómez contra santos Millán y María Teresa Vargas en el que la doctora Marzia peña habría decidido en forma contraria a la ley peticiones relacionadas con el secuestro irregular del predio el naranjo de propiedad de ERNESTO GUTIERREZ VARELA en el que presuntamente se incurrió al material el secuestro de inmueble diferente al denominado Altamira. Al igual que pudo haber retardado u omitido pronunciarse sobre solicitudes instauradas en el curso de la acción entre el año 2002 y el año 2009.

En criterio de esta agencia se deben acoger las pretensiones de la demanda imputando responsabilidad a la Fiscalía por las siguientes razones:

En sentencias de 26 de junio de 2014, confirmada pro sentencia de la Corte el 16 de diciembre de 2015 se absuelve de los cargos pro prevaricato por acción y pro omisión a la ahora demandante y en la sentencia de primera instancia referida se reprocha al ente acusador formular varios cargos con sustento en cada decisión proferida por la entonces acusada, se reprocha además que operaba el concurso homogéneo y sucesivo y no el delito continuado que le fue imputado pues no aplica para el prevaricato por acción aspecto que resulta importante como quiera que era propio de la esfera del ente acusador conocer dicha situación y que implico un proceso penal engorroso y tortuoso para la acusada.

De igual forma es importante advertir que se señala en la providencia de primera instancia la falencia probatoria de la fiscalía constante en el juicio oral en cuanto pretendió acreditar los delitos de prevaricato por acción con solicitudes de terminaciones o pruebas posteriores a la decisión que tildó de manifiestamente ilegal, así se indica en la absolución que la acusadora se basó en su mayoría en dicha falencia que llevo a la realización de un proceso penal en el que se advierte una falla del ente acusador que de acuerdo al artículo 250 de la constitución debe investigar los delitos de manera acuciosa descartando las conductas que no lo constituyan y rodeando de garantías a la defensa, a título de ejemplo se tiene que respecto del primer cargo imputado frente al auto del 22 de febrero de 2007 en el proceso penal se le absuelve por falencia de la fiscalía al no adjuntar la decisión cuestionada como prueba lo que impidió al juez penal determinar si había o no ocurrido la conducta, situación que además es reiterada en la segunda instancia en la que se indica además que no le quedaba otra opción jurídica a la acusada que la tomada en dicho auto.

Respecto a los cargos 2, 3 y 4 se le absuelve también por error de la fiscalía sustentando en actuaciones expost, es decir, basado en situaciones posteriores a la providencia cuestionada porque se basa en solicitud posterior de la demandada en ese proceso ejecutivo en el que se solicita el llamamiento exoficio figura que además se advierte a la luz del artículo 58 del CPC era improcedente, lo cual se profundizó en auto del 2 de octubre en el que se resolvió recurso de reposición y advierte también el juez penal que la orden de avalúo fue ajustada a derecho porque lo que se exigía era la materialización el embargo y secuestro, lo cual ya había ocurrido en el proceso ejecutivo, una vez más se le reprocha a la fiscalía el sustento en actuaciones posteriores de la juzgadora, además que para establecer los linderos de los predios la Fiscalía aporta documentos de la oficina de instrumentos públicos y no del proceso ejecutivo con certificados de tradiciones, fichas prediales y escrituras pues los del proceso eran los que permitían determinar acertadamente en el proceso la ilegalidad o no del secuestro del bien y el conocimiento o no de la acusada de esta situación que era lo que se le reprochaba.

En cuanto a los cargos 6, 7 y 8 en su mayoría se desestiman porque no se aportan las peticiones a las que aluden los autos reprochados por lo cual no se puede valorar la conducta penal. Frente al auto de 8 de noviembre de 2007 se desestima porque no fue sustentado en la normatividad invocada pro al fiscalía general de la nación, además todos estos autos se refieren al rechazo de al actuación del señor GUTIERREZ en el trámite del proceso ejecutivo, sin embargo, se advierte que efectivamente no era este parte del proceso y que la acusada observó el artículo 697 del CPC pues le permitió constituir caución para poder tramitar el incidente de oposición a la diligencia de secuestro, caución que no se constituyó por lo cual debió ser rechazado el incidente que era obligación del secuestre además rendir cuentas al momento de su retiro que así lo debía exigir la acusada.

En el análisis de estos cargos se advierte por el juez penal las ostensibles fallas de la Fiscalía para estructurar los cargos, a pesar de al inspección practicada al proceso ejecutivo y la falencia probatoria de la fiscalía.

Con respecto al cargo número 9 relativo al auto del 20 de octubre de 2008 que ordena cumplir el fallo de tutela la sala señala falencias argumentativas nuevamente de la fiscalía al sustentarlo al no resolver las solicitudes del ministerio público y se expresa que el mismo juez de tutela indica que se dio cumplimiento al fallo de tutela. Así mismo indica que no explico la fiscalía la relación de las pruebas que portó con el auto, esto es, del levantamiento planímetro de luna y de la procuraduría delegada para asuntos civiles.

En cuanto al 10 cargo se advierte en la sentencia penal que el auto del 28 de enero de 2009 que niega la nulidad solicitada pro MARIA TERESA VARGAS porque en auto del 12 de mayo se ordenó peritaje del Agustín Codazzi para decidir lo relativo a la nulidad y que tal pericia fue allegada de manera posterior a la decisión por lo que no es cierto que con los mismos elementos de juicio la juez posterior haya llegado a distinta conclusión sino que la pericia fue posterior a la decisión.

En cuanto al prevaricato pro omisión desestima los cargos por cuanto si bien la omisión de responder petición del personero de Pandi se dio esta fue presentada en agosto 2008, momento para el cual se acreditó que la juez tenia a cargo 2041 procesos por lo cual no se advierte la voluntad para incurrir en el delito.

También se desestima el segundo cargo por omitir resolverla solicitud del 21 de noviembre de 2008 por duda frente a la misma carga laboral y por la participación de la secretaria del despacho no se probó cuando entro al despacho para lo pertinente.

Finalmente el cargo de prevaricato por omisión se desestima por estar sustentado en conductas tanto de acción como de omisión que ya había sido estructuradas en los cargos anteriores por la Fiscalía General de la Nación.

Estos mismos argumentos en síntesis fueron reiterado en la sentencia de segunda instancia

Nótese señora juez como el sustento de la decisiones es efectivamente no solo la falencia probatoria de al fiscalía sino la falta de claridad en la estructuración de cargos advertida por el juez penal materializada en el escrito de acusación de 2012 y que imponía al juez penal absolver a la acusada así como la aplicación o la imputación por parte de la fiscalía de modalidades no propias del delito imputable que constituye en efecto una falla del servicio alegada por la actora se insiste respecto de la fiscalía.

Ahora bien, no puede pasar por alto esta agencia que en el proceso disciplinario se reprochó a la actora que a pesar de estar desde el inicio del proceso en el año 2002 hasta 19 de octubre de 2009 como titular del despacho no hizo nada por aclarar los linderos del inmueble a pesar de las escrituras y el avalúo de la firma luna y que a pesar de que la personería el 8 de julio de 2008 pidió al juzgado verificar la posibilidad de declarar la nulidad de la diligencia de secuestro pero la respuesta del juzgado fue que lo había ordenado desde agosto de 2006 sin verificar que se hubiera hecho adecuadamente por el comisionado con las escrituras de los predios, lo anterior en criterio de esta agencia denota una conducta de la demandante que es causa eficiente para la producción del daño que alega como quiera que no deja de advertirse que transcurrió mucho tiempo desde la solicitudes de las partes y terceros en el procesos y las actuaciones de la juez 22 máxime cuando el artículo 34 del código de procedimiento civil le permitía avaluar las actuaciones del comisionado y adoptar de manera eficiente, incluso de oficio los correctivos pertinentes lo que dio lugar a que tanto las partes como al fiscalía advirtieran falencias en el proceso ejecutivo adelantado pro al entonces juez 22 por lo cual en criterio de esta agencia se deberá dar aplicación a la figura de la concurrencia de culpas y reducir la condena que se imponga a la Fiscalía en un 50%”.

* 1. **CONSIDERACIONES**
  2. **ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES:**
     1. Respecto a las excepciones **FALTA DE LEGIMITACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA e INEPTITUD FORMAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LA PRETENSIÓN DE FALLA DEL SERVICIO** propuestas por la demandada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, el despacho se remite a lo decidido en el acápite respectivo en la audiencia inicial.
     2. En cuanto a las excepciones **INEPTITUD FORMAL DE LA DEMANDA POR INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL, INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURIDICO, COBRO DE LO NO DEBIDO y CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL,** interpuestas por la demandada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, no goza de esta calidad, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de la misma, no la conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción. En este sentido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa, se traduce en la acreditación de hechos y razones distintos, encaminados a excluir, enervar o dilatar las pretensiones.
     3. Respecto a la excepción **HECHO DE UN TERCERO** propuesta por ambas demandadas, por tratarse de un eximente de responsabilidad, se estudiará sólo en el evento en que aquella se configure. Por ende, se procederá a determinar si en el sub examine si se verifican todos y cada uno de los presupuestos que permitan la responsabilidad de las demandadas.
     4. La excepción **GENÈRICA e INNOMINADA** propuesta por ambas demandadas,sólo puede considerarse como un llamado al Despacho para que en caso de encontrar una causal que pudiera enervar las pretensiones de la demanda, así lo indique, por lo que se tendrá en cuenta, advirtiendo que a la fecha no encuentra ningún motivo que impida proferir una decisión de fondo en este asunto.
  3. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la FIJACION DEL LITIGIO, se busca establecer si hay lugar o no a declarar la responsabilidad de las demandadas NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por la presunta falla en la administración de justicia (defectuoso funcionamiento), en la que incurrió aparentemente al haber sindicado a MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ de los delitos de prevaricato por acción y omisión, en concurso homogéneo y sucesivo dentro del proceso penal No. 11001600009220100011801.

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

**¿*Deben responder las demandadas FISCALÌA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL por los perjuicios causados a la demandante, por haber sido sindicada de los delitos de prevaricato por acción y omisión, en concurso homogéneo y sucesivo dentro del proceso penal No. 11001600009220100011801?***

Para dar respuesta a esta pregunta debemos tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 90 de la Constitución consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que “*el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.*

La ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, reguló ampliamente la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales, a cuyo efecto determinó tres supuestos:

* El error jurisdiccional (art. 66)
* La privación injusta de la libertad (art. 68).
* **El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69)**

El artículo 69 ibídem establece que cuando el daño no proviene de un error judicial o de la privación injusta de la libertad, el título de imputación jurídica radica en el **defectuoso funcionamiento** de la administración de justicia.

Dentro del concepto de **defectuoso funcionamiento de la administración de justicia** se encuentran todas las acciones u omisiones constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia, puede provenir no sólo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales.

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**

**2.3.1** Conforme al material probatorio aportado, se encuentran **probados los siguientes hechos**:

* MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ[[1]](#footnote-1) es **hija** de LUIS CARLOS PEÑA JIMÉNEZ y MAGDALENA HERNÁNDEZ DE PEÑA[[2]](#footnote-2), **hermana** de ÁNGELA MARÍA DE LAS MERCEDES PEÑA HERNÁNDEZ[[3]](#footnote-3), VÍCTOR RICARDO PEÑA HERNÁNDEZ[[4]](#footnote-4), CARLOS MIGUEL PEÑA HERNÁNDEZ[[5]](#footnote-5), NUBIA MAGDALENA PEÑA HERNÁNDEZ[[6]](#footnote-6) y LUIS FELIPE PEÑA HERNÁNDEZ[[7]](#footnote-7) y **madre** de JUAN CARLOS CELIS PEÑA[[8]](#footnote-8).
* El día 17 de febrero de 2012 el inmueble a nombre de la señora MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ fue objeto de embargo por parte del Juzgado 17 Penal Municipal de Bogotá[[9]](#footnote-9).
* El día 17 de junio de 2014 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió sentencia de primera instancia, en la cual, absolvió a la señora MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ de los diez cargos de prevaricato por acción y tres cargos de prevaricato por omisión, que le atribuyó la Fiscalía en el proceso adelantado en su contra[[10]](#footnote-10)

|  |
| --- |
| 3.1.1. Primer cargo de prevaricato por acción.  Este cargo lo sustentó la representante del ente acusador en el auto del veintidós (22) de febrero de 2007, proferido por la doctora Marzia Patricia Peña Hernández en condición de Juez 22 Civil Municipal, introducido como prueba documental No 9 de la Fiscalía, frente al que la Sala considera pertinente trascribir su contenido, dado que en el mismo se hace referencia a otra decisión que no fue incorporada a la actuación.  "Toda vez que el memorialista del escrito que antecede, no es parte debe estarse a lo resuelto en auto de fecha 24 de abril de 2002, visible a folio 63".  (…)  Frente a este primer cargo, inicialmente debe clarificar la Sala, a propósito del principio de congruencia, que limitará su análisis a las normas que la Fiscalía mencionó como transgredidas en la acusación, en cuanto no era posible que al momento de presentar los alegatos de clausura se adicionaran otras y menos aún, hechos no incluidos en dicho acto procesal de carácter complejo, en cuanto integra el escrito de acusación y la audiencia de formulación de acusación.  De otro lado, del simple análisis de las alegaciones finales de la Fiscalía se evidencia, como se dijo inicialmente, que de forma persistente pretende en este y otros cargos, efectuar análisis ex post, lo cual resulta contradictorio, pues en otros apartes refirió decisiones jurisprudenciales en las que claramente se señala que la valoración de la conducta en estos delitos debe realizarse ex ante.  En este orden, si bien, para esta Sala resultan atendibles las consideraciones efectuadas por la Fiscalía para prescindir de las actuaciones anteriores a la vigencia de la Ley 906 de 2004, al margen de ello y en relación con este específico cargo, era necesario a efecto de atribuir fácticamente esta conducta de prevaricato por acción a la procesada, demostrar cuál fue el sentido y los fundamentos de la decisión a la que se remite, es decir, el auto de julio 24 de 2002, providencia que no introdujo en el juicio oral el ente acusador.  Por manera que, la Sala carece de elementos de juicio que permitan establecer cuál fue la solicitud y lo decidido en dicho auto, que se reiteró en el del 22 de febrero de 2007, aspecto imprescindible para establecer si esta última decisión fue manifiestamente ilegal, pues se reitera, la Fiscalía se limitó a incorporar la determinación del año 2007, pero no el auto del 24 de julio de 2002, y por ende, no es posible establecer la concurrencia del aludido elemento normativo del tipo de prevaricato por acción. (…)  3.1.2. Segundo cargo de prevaricato por acción.  Este cargo lo sustentó la representante del ente acusador en el auto proferido por la acusada el 27 de junio de 2007, en el que a petición de la parte actora, se ordenó el avalúo del predio rural Altamira y comisionó al Juez Promiscuo Municipal de Pandi para designar perito avaluador, decisión que corresponde a la prueba 12 de la Fiscalía.  A juicio de la Fiscalía con esta decisión la acusada transgredió lo dispuesto en el artículo 516 de la ley adjetiva civil, norma que establece que para ordenar el avalúo de un bien en un proceso ejecutivo, debe estar perfeccionado o consumado el secuestro, lo cual no se había cumplido, pues existían cuestionamientos frente a esta diligencia y la procesada había recibido varias solicitudes de Ernesto Gutiérrez Várela, María Teresa Vargas Paz y el Ministerio Público, en las que se le pedía revisar los documentos allegados en los que se trascribían los linderos de este inmueble que se diferenciaba del Naranjo e igualmente el Personero Municipal había señalado que los linderos eran complejos y surgía necesario designar un perito, lo cual no hizo la procesada.  (…)  Para la Sala, la Fiscalía incurrió nuevamente en valoración ex post, en cuanto en sus alegaciones sustentó el cargo en peticiones y actuaciones posteriores a la fecha de la providencia emitida el 27 de junio de 2007, dado que aludió a la prueba 14 (en realidad 13), que corresponde a la solicitud de María Teresa Vargas Paz de 26 de julio de 2007, en la que impetró el llamamiento ex officio y la nulidad de la diligencia de secuestro.  De otro lado, la Fiscalía incurrió en interpretación errónea del artículo 516 del Código de Procedimiento Civil, pues señaló que en esta norma se contempla como presupuesto necesario para ordenar el avalúo que el secuestro se haya consumado.  Al respecto, debe advertirse que la norma en cita se refiere, no a la consumación del secuestro -como lo planteó la Fiscalía-, sino del embargo, pues alude a aquellos bienes cuyo embargo se perfecciona con el secuestro y en este evento, la situación es diferente, dado que se trata de un bien inmueble en el que el embargo se perfecciona con la inscripción en el registro de instrumentos públicos y no con el secuestro, como claramente lo establece el numeral 1 del artículo 681 de la ley adjetiva civil.  En este orden, si en el trámite del proceso ejecutivo en mención, el embargo del inmueble Altamira se había consumado o perfeccionado con la inscripción en el registro efectuada el seis (6) de diciembre de (2001), como aparece en el folio de matrícula inmobiliaria 157-9193 de este bien, que corresponde a la prueba 59 introducida por la Fiscalía, no existía para ese momento, razón jurídica que permitiera a la procesada abstenerse de decretar el avalúo solicitado por la parte actora.  3.1.3. Cargo tercero de prevaricato por acción.  La Fiscalía fundamentó este cargo en la decisión contenida en el auto del 23 de agosto de 2007, introducido como prueba 15, en el que la implicada negó el llamamiento ex officio que contempla el artículo 58 del C.P.C, y de otro lado, concluyó con fundamento en la diligencia de verificación de linderos del predio Altamira que efectuó la Juez Promiscuo Municipal de Pandi el 20 de abril de 2007, que este inmueble se encontraba legalmente embargado y secuestrado y por ende, negó la nulidad planteada por la demandada María Teresa Vargas Paz.  Frente a la negativa de invalidar lo actuado, la Fiscalía adujo que se trata de un determinación contraria a la ley, pues para ese momento no se había observado lo dispuesto por el artículo 34, en el sentido de anexar legalmente el despacho comisorio; al igual que planteó la transgresión de los artículos 174 y 187 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto establecen que las decisiones deben sustentarse en pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, apreciadas en conjunto y con fundamento en la sana crítica y contrariamente, el auto del 23 de agosto de 2007, no fue motivado debidamente, de conformidad con el artículo 303 de la misma normatividad y careció de valoración probatoria.  Tal como se señaló al emitir el sentido del fallo, este cargo será analizado por la Sala conjuntamente con el cuarto, dado que en el auto del 2 de octubre de 2007, la acusada resolvió los recursos de reposición y apelación presentados por la demandada respecto del auto del 23 de agosto de 2007, que constituye el cargo tercero de prevaricato por acción.  De manera que con independencia del criterio inicial relativo al concurso de conductas punibles, de acuerdo con el cual, es aplicable esa figura, lo cierto es que las normas que la Fiscalía aduce transgredidas coinciden y por tratarse de la resolución de un recurso de reposición interpuesto contra la decisión del 23 de agosto del 2007, el pronunciamiento de la Sala se efectuará conjuntamente y por ende, seguidamente se aludirá a los alegatos de Fiscalía y defensa en relación con el cuarto cargo de prevaricato por acción y abordará la Sala el análisis y valoración probatoria en relación con los dos cargos en mención.  3.1.4. Cuarto prevaricato por acción.  Este cargo lo fundamentó la Fiscalía en el auto de 2 de octubre de 2007, en el que la acusada resolvió adversamente los recursos de reposición y apelación interpuestos por la demandada Vargas Paz contra la decisión de negar el llamamiento ex officio, quien insistió en que el secuestro se realizó de forma indebida y cuestionó la verificación de esta diligencia efectuada por la Juez comisionada el 20 de abril de 2007; a lo que sumó que la doctora Peña Hernández tampoco tuvo en cuenta las solicitudes del tercero Gutiérrez Várela.  Sostuvo la representante del ente acusador que la procesada transgredió las mismas normas mencionadas en el cargo anterior, esto es, los artículos 34 de la ley adjetiva civil, en cuanto no anexó debidamente el despacho comisorio a la actuación; el artículo 187 de la misma normatividad, pues toda decisión debía fundamentarse en las pruebas regularmente aportadas al proceso, las cuales se deben valorar de forma conjunta y el artículo 303, que establece la obligación de todo funcionario judicial de motivar de manera breve y precisa las providencias judiciales y tener en cuenta las pruebas presentadas, incluso, por un tercero afectado.  (…)  Frente a los cargos tercero y cuarto, dado que la Sala optó por pronunciarse conjuntamente, debe señalarse inicialmente que no existe discusión, en el sentido de que asistió razón a la acusada al decidir en el auto del 27 de agosto de 2007 que el llamamiento ex officio que contempla el artículo 58 del C.P.C era improcedente; argumentación en la que ahondó en el auto del 2 de octubre de 2007, en el que se pronunció sobre el recurso de reposición interpuesto contra la anterior determinación, dado que ciertamente, el recurso de apelación no procedía en procesos de única instancia.  Ahora bien, en lo que se relaciona con la eventual contrariedad de las decisiones en mención, con el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil, la cual se hace consistir en que la acusada no ordenó, mediante auto, anexar a (a actuación el despacho comisorio contentivo de la diligencia de secuestro.  Para la Sala, del análisis del inciso segundo de esta norma, el cual establece que la nulidad fundamentada en el exceso de las facultades por el Juez comisionado sólo puede alegarse por las partes dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto que ordene agregar el despacho diligenciado al expediente; se evidencia que la teleología o finalidad del legislador se circunscribe a preservar la publicidad de la diligencia efectuada por el comisionado, esto es, que las partes conozcan lo actuado por este último funcionario judicial.  Ahora bien, aunque resulta indiscutible que la acusada no emitió auto en el que ordenara anexar el aludido despacho comisorio a la actuación, lo cierto es que se trata de una irregularidad formal y no sustancial, en cuanto es evidente que las partes y terceros conocieron dicha diligencia, al punto que efectuaron numerosas solicitudes para cuestionarla por diferentes vías, tales como las peticiones del 1 de junio de 2005, instaurada por Ernesto Gutiérrez Várela e introducida como prueba 4 de la Fiscalía; la del 16 de agosto de 2006 que presentó la parte actora, la cual corresponde a la prueba 5; la del 13 de marzo de 2007 de Gutiérrez Várela incorporada como prueba 8; la del 26 de julio de 2007 instaurada por la demandada María Teresa Vargas Paz incorporada como prueba 13 de la Fiscalía, entre otras, de la misma naturaleza.  En este orden, la aludida diligencia de secuestro de la cual, se cuestiona no fue anexada a la actuación mediante auto por la procesada, no se ocultó a las partes; por el contrario, se anexó materialmente a la actuación, al punto que fue introducida en el juicio oral con el testimonio de la investigadora Sandra Liliana Prado Ríos, quien cumplió la misión de trabajo de inspeccionar el proceso ejecutivo instaurado por Lucila Gómez en el que figuraban como demandados María Teresa Vargas Paz y Santos Millán, radicado 2001-1565.  De manera que, la publicidad que constituye la finalidad que persigue el artículo 34, inciso segundo de la ley procesal civil se cumplió cabalmente.  De otro lado, tal como lo adujo la defensa, no se evidencia de las pruebas incorporadas al juicio oral que alguna de las partes hubiera presentado solicitud a la Juez acusada para que profiriera auto en el que ordenara agregar dicho despacho comisorio a la actuación.  Luego, no es posible analizar la conducta de la procesada ex post, en cuanto reiteradamente la representante de la Fiscalía pretende, con fundamento en el fallo posterior de tutela emitido el 16 de octubre de 2008, por el Juez Constitucional e introducido como prueba 35 de la Fiscalía, exigir que la implicada se pronunciara sobre una solicitud inexistente, pues se reitera, no existió petición en tal sentido y la doctora Peña Hernández al emitir las decisiones que fundamentaron los cargos tercero y cuarto de prevaricato por acción, se pronunció sobre los aspectos allí solicitados (llamamiento ex officio y nulidad), cuestiones bien diferentes a la de anexar el aludido despacho comisorio a la actuación.  De otro lado, adujo la Fiscalía que la procesada vulneró los artículos 174 y 187 del Código de procedimiento Civil, los cuales imponen al funcionario judicial emitir las determinaciones con fundamento en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, al igual que apreciarlas en conjunto, frente a lo que debe señalarse que precisamente el artículo 174 de la misma normatividad establece que las pruebas que sustenten las decisiones deben ser valoradas, siempre que cumplan el presupuesto de haber sido allegadas regular y oportunamente al proceso.  Lo anterior significa que, no todo medio suasorio que se allegue por cualquier conducto y momento procesal debe ser valorado por el Juez al emitir determinada decisión, pues solo pueden ser analizadas las pruebas practicadas o incorporadas a la actuación con respeto por el debido proceso probatorio que establece unas oportunidades procesales específicas para ello.  En este orden, no asiste razón a la Fiscalía al pretender estructurar la vulneración de estas normas con fundamento en una premisa equivocada, consistente en que toda prueba allegada a la actuación, aún sin cumplir los presupuestos procesales exigidos, debía ser evaluada por la Juez acusada y menos, que incurrió en prevaricato por acción al decidir de forma contraria a lo que indicaban tales pruebas, pues se reitera, ello opera siempre que estas se alleguen regular y oportunamente al proceso.  De manera que, si las pruebas a que alude la Fiscalía no fueron incorporadas en cumplimiento de las normas que consagran tales oportunidades en la legislación procesal civil, no era exigible a la Juez acusada su valoración, como claramente lo establece el artículo 183 de la misma normatividad en los siguientes términos: "Artículo 183. Para Vv |1 que sean apreciadas por el Juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este Código".  A lo anterior se auna que en la solicitud inicial de la demandada Vargas Paz, esto es, la presentada el 26 de julio de 2007, suscrita también por Ernesto Gutiérrez Várela e introducida como prueba 13 de la Fiscalía, se plasmó como petición allegar una providencia del Consejo Seccional de la Judicatura en la que supuestamente se "sancionaba" a la Juez promiscuo Municipal de Pandi e hizo mención a la diligencia de verificación de linderos efectuada por esta Juez, por lo que no era exigible a la doctora Peña Hernández evaluar las pruebas que omitió considerar según el singular criterio y juicio ex post de la Fiscalía, sin tener además en consideración la legalidad en su formación.  De otro lado, se tiene que la procesada se remitió en las decisiones cuestionadas de ilegalidad manifiesta que sustentan los cargos tercero y cuarto de prevaricato por acción, a la diligencia de verificación de los linderos realizada por la Juez comisionada, la cual fue decretada por su despacho oportunamente y con apego del ordenamiento jurídico en auto del 29 de agosto de 2006, introducido como prueba 6 de la Fiscalía, diligencia en la que se concluyó la correspondencia del bien objeto de secuestro.  Por ende, surge evidente que la acusada fundamentó las decisiones que sustentan los cargos tercero y cuarto de prevaricato por acción en una prueba legal y oportunamente allegada a la actuación, como fue la diligencia de verificación de los linderos efectuada por la Juez comisionada y e! hecho de que contra esta última se estuviera adelantando un proceso disciplinario que los peticionarios calificaron de "sanción", carecía de incidencia desde el punto de vista del sustento táctico, jurídico y probatorio, pues se trataba de una actuación de naturaleza disímil, que surgía impertinente.  En este orden, con independencia de que posteriormente se demostrara que se trataba de bienes inmuebles diferentes, no es posible estructurar cuestionamiento alguno al proceder de la procesada, pues se reitera, el juicio de ¡legalidad de las decisiones tildadas de prevaricadoras debe realizarse ex ante, esto es, situándose el Juzgador en el momento y circunstancias anteriores y concomitantes a la determinación.  Frente a la eventual trasgresión del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, se tiene que en los autos del 23 de agosto y 2 de octubre de 2007, de forma lacónica en el primero y más extensa en el segundo, la doctora Marzia Patricia Peña Hernández señaló de manera motivada y precisa las razones por las que no declaraba la nulidad de la diligencia de secuestro y adujo en especial, que en la diligencia de verificación realizada por la Juez Comisionada se constataron los linderos y concluyó que el secuestro del bien efectuado el 4 de diciembre de 2002, recayó sobre el inmueble objeto de esta medida.  De otro lado y frente al planteamiento de la Fiscalía, en el sentido de que se acreditó la tipicidad subjetiva con la prueba allegada sobre la experiencia que como Juez ostentaba la implicada, dado que se posesionó como Juez 22 Civil Municipal el 4 de diciembre de 1985, de lo cual deriva el necesario conocimiento de que era su obligación valorar las pruebas allegadas regular y oportunamente a la actuación y motivar las decisiones; debe señalar la Sala conforme a lo anotado, que aquella valoró la prueba allegada con apego a la legalidad, esto es, la diligencia de verificación de linderos.  Adicionalmente, plantea la Fiscalía y así lo señala para sustentar varios de los cargos de prevaricato por acción que la conducta arbitraria de la acusada se deduce de las pruebas 1 al 7, 10, 11, 14, 16, 18 y 59 al 66, de las que se evidenciaba que la juez comisionada había excedido sus facultades.  Del análisis de estos documentos, surge que no permiten evidenciar actuación contraria a derecho de la procesada, pues a efecto de determinar si eran ciertos los cuestionamientos relacionados con eventuales yerros en la diligencia de secuestro realizada por la Juez comisionada, ordenó su verificación, luego no se observa ni la Fiscalía asumió la carga argumentativa que le correspondía para señalar las razones por las que estas pruebas hacían más probable la comisión de los delitos de prevaricato por acción.  Tampoco surge diáfano que las solicitudes en mención de Ernesto Gutiérrez Várela, pudieran tenerse en cuenta por la acusada, pues no era parte en el proceso y la nulidad por exceso en las facultades de la comisionada, al tenor del artículo 34 de la ley procesal civil, sólo podía ser solicitada por las partes, como lo señaló el defensor y en cuanto a la solicitud y los recursos que generaron las decisiones cuestionadas, debe reiterarse que la acusada tuvo en cuenta válidamente una prueba que ordenó, esto es, la diligencia de verificación de linderos del 20 de abril de 2007.  Menos aún, la prueba 18 de la Fiscalía, sustenta los aludidos cargos, pues se trata de una petición del 16 de octubre de 2007, posterior a los autos del 23 de agosto y 2 de octubre del mismo año y a ello se suma que, se refiere a la investigación disciplinaria iniciada en contra de la Juez Comisionada que pretendía incorporar Gutiérrez Várela, quien no era parte en el proceso ni tal prueba tenía trascendencia alguna en las decisiones de la Juez acusada.  En este orden, no es entendible que la Fiscalía pretenda acreditar la tipicidad subjetiva en los cargos en mención, con los documentos introducidos como prueba 59 al 66, esto es, los certificados de libertad de los predios, la escritura pública 179 del 28 de mayo de 1995 y las fichas prediales, cuando precisamente el Personero Municipal en la diligencia de verificación de linderos dejó constancia de su ausencia de claridad.  Esta circunstancia, por el contrario, evidencia que tales documentos no permitían declarar la nulidad de la diligencia de secuestro, que es precisamente lo que concluyó la procesada al señalar que para establecer lo relacionado con los linderos debían ser verificados por la Juez comisionada e insistió en que no procedía el llamamiento ex officio y la demandada pretende agenciar derechos ajenos, al igual que revivir oportunidades procesales en favor de Ernesto Gutiérrez Várela.  De otro lado, llama la atención que estas pruebas (certificados de tradición, fichas prediales y escrituras, entre otras), se hubieran incorporado por la Fiscalía al juicio oral como producto de la inspección que realizó Sandra Liliana Prado Ríos en las correspondientes oficinas públicas, labor investigativa que ciertamente permite establecer que se trata de documentos auténticos, dado que se conoce su procedencia, pero no permite acreditar el momento en el que fueron allegados al expediente y por ende, aquel en el que la procesada pudo conocerlos y valorarlos, siempre que se tratara de pruebas legal y oportunamente allegadas a la actuación, que es precisamente lo que se requería en este evento para realizar el juicio ex ante en el delito de prevaricato por acción.  De manera que, la Fiscalía incurrió en ostensibles falencias probatorias, pues se reitera, el juicio en el prevaricato por acción se efectúa ex ante, esto es, situándose en el momento y circunstancias en las que se encontraba la acusada al momento de emitir la providencia cuestionada, lo cual no estructuró debidamente la representante del ente acusador, pues se dedicó a señalar una serie de pruebas y documentos, sin especificar cual era su trascendencia en juicio ex ante y no ex post.  En este orden, es probable, -aunque como se dijo no se acreditó- que para el momento de adoptar las decisiones que tilda de manifiestamente ¡legales la Fiscalía, obraran en el proceso varias copias de los certificados de matrícula inmobiliaria, fichas prediales y escrituras de compraventa, entre otras, de los inmuebles Altamira y el Naranjo, empero en relación con cada cargo era necesario hacer alusión y acreditar que tales pruebas: i)obraban en el expediente; ii) habían sido allegadas regular y oportunamente a la actuación, esto es, por quien tenía dicha facultad y, iii) que ello se cumplió en el momento procesal fijado legalmente.  En este orden y con base en los anteriores argumentos, en relación con los cargos tercero y cuarto de prevaricato por acción, la Sala absuelve a la procesada Peña Hernández, en razón a que no se acreditó, más allá de toda duda, la concurrencia del elemento normativo del tipo de prevaricato por acción consistente en emitir decisión manifiestamente contraria a la ley, ni la tipicidad subjetiva en aplicación de los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004.  3.1.5. Quinto cargo de prevaricato por acción.  El quinto cargo de prevaricato por acción[[11]](#footnote-11) se fundamenta en el auto de 8 de noviembre de 2007, proferido por la Juez Peña Hernández en el que decide no escuchar a Ernesto Gutiérrez Várela por no ser parte en el proceso, ordena que el perito designado proceda al avalúo del bien secuestrado y requiere al secuestre Efraín Roldan para que rinda cuentas de su gestión; decisión incorporada como prueba 19 de la Fiscalía.  La Fiscalía sostuvo que en este evento se transgredieron los artículos 34, 37 numeral 8, el artículo 687, numeral 8 del Código de Procedimiento Civil y el 28 del decreto 196 de 197 1[[12]](#footnote-12), en cuanto sólo al momento de emitir esta decisión, la acusada se percató de que el secuestre había renunciado a tal calidad y a pesar de ello, insistió en la rendición de cuentas, cuando el señor Roldan había respondido anteriormente que no ejerció dicho cargo, labor que tampoco controló la Juez acusada, quien estaba obligada a ello.  En relación con la eventual trasgresión del artículo 34 de la misma normatividad, el cual establece que en el evento de exceder el comisionado las facultades otorgadas por el comitente la diligencia es nula, invalidación que puede solicitarse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto que ordene agregar el despacho comisorio, como se dijo al analizar cargos anteriores, se trata de un yerro formal y no sustancial, pues las partes, en especial María Teresa Vargas , tuvieron la oportunidad de conocer el acta de la diligencia de secuestro del inmueble Altamira, al igual que Gutiérrez Várela, quien sobre el particular señaló en el juicio oral , que realizó "muchísimas actividades", cuando se enteró del secuestro efectuado.  Tan cierto resulta lo anterior, que tanto la demandada, como Ernesto Gutiérrez Várela, cuestionaron por diferentes vías la diligencia de secuestro del aludido predio efectuada el 10 de julio de 2002, pero de los documentos allegados a la actuación no se observa que hubieran solicitado agregar mediante auto el despacho comisorio, falencia que finalmente y varios años después, fue evidenciada por la Juez Constitucional, esto es, en el año 2008.  De otra parte, la Fiscalía planteó respecto de la eventual trasgresión del artículo 687, numeral 8 del Código de Procedimiento Civil, en el cual se establece que el tercero poseedor del bien tiene la facultad de solicitar se tramite incidente cuando no tuvo la oportunidad de oponerse a la diligencia de secuestro, empero debe prestar caución que garantice el pago de las eventuales costas.  Al respecto y contrario a lo que señala la Fiscalía, se evidencia que la acusada observó esta norma, dado que de conformidad con las pruebas 9 a 13 de la defensa, Ernesto Gutiérrez Várela instauró en agosto de 2001 incidente de desembargo, debidamente asistido por una apoderada y la acusada fijó la correspondiente caución de acuerdo con el numeral 8 del artículo 697 del C.P.C, que posteriormente reajustó a petición de la parte actora y finalmente, en auto del 10 de diciembre de 2002 rechazó el incidente propuesto, de conformidad con el artículo 138 £¿3 de la ley procesal civil por no haberse prestado la caución fijada, con lo que precluyó dicha oportunidad al tercero.  De otra parte, debe señalarse que la Fiscalía cuestionó que la acusada hubiera ordenado rendir cuentas al secuestre, cuando lo cierto es que esta era precisamente una obligación de la Juzgadora y el planteamiento según el cual, hasta ese momento se percató de que el secuestre había renunciado e insistió en la rendición de cuentas, carece de connotación, pues el artículo 689 del Código de Procedimiento Civil, que establece que "el Juez de oficio o a petición de parte podrá disponer que se rindan cuentas en cualquier tiempo".  Ahora, si el secuestre había renunciado, ello no implica que estuviera exento de rendir cuentas, como parece entenderlo de manera confusa la Fiscalía, pues ta! obligación se hace más evidente al "terminar el desempeño del cargo", como lo contempla la norma mencionada anteriormente.  En este orden, no observa la Sala que la decisión cuestionada en este cargo sea manifiestamente ilegal, pues se ordenó el avalúo del bien embargado y secuestrado, la rendición de cuentas al secuestre y no se oye a Ernesto Gutiérrez Várela por no ser parte.  En este orden la sala absuelve a la procesada del quinto cargo de prevaricato por acción, dado que no se acreditó, más allá de toda duda, la concurrencia del elemento normativo del tipo de prevaricato por acción consistente en emitir decisión manifiestamente contraria a la ley ni la tipicidad subjetiva en aplicación de los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004.  **3.1.6. Sexto cargo de prevaricato por acción.**  El sexto cargo de prevaricato por acción, lo sustentó el ente acusador en el auto de 12 de diciembre de 2007, introducido como prueba 22 de la Fiscalía, en el que la procesada al responder una solicitud de Gutiérrez Várela, señaló que debía estarse a lo resuelto en auto del 8 de noviembre de 2007.  Sobre el particular sostiene la representante de la Fiscalía que para ese momento ya se habían avaluado los inmuebles "Altamira" y "el Naranjo", los cuales eran claramente diferenciables por sus linderos, al igual que la acusada insistió en dicho avalúo y aludió en este auto que se trataba de la aclaración del mismo, cuando lo cierto era que el secuestro no estaba consumado y con tal proceder, infringió igualmente los artículos 34, 37 numerales 2 y 8, 687 numeral 8, 174, 187 y 303 del Código de Procedimiento Civil, al igual que el artículo 28 del Decreto 196 de 1971.  En este cargo, la representante del ente acusador señaló que no podía la procesada insistir en el avalúo del bien sin estar consumado el secuestro y adicionalmente, para ese momento se había allegado a la actuación otro elemento de juicio, dado que el perito avaluador señaló que se trataba de dos inmuebles diferentes; de manera que, a pesar de su experiencia como Juez, la procesada desconoció las pruebas incorporadas, no las leyó ni valoró, aunque en el juicio oral manifestó que si las había analizado ni motivó su decisión.  Lo primero que deba advertir la Sala en relación con este cargo es que la Fiscalía incurrió nuevamente en el yerro de no incorporar el auto recurrido y cuestionado por la demandada en la solicitud del 20 de noviembre de 2007, incorporada como prueba 20 de la Fiscalía, pues obsérvese que en dicho escrito se interpusieron recursos de reposición y apelación contra el auto del 15 de noviembre de 2007 que no se introdujo en el juicio oral.  Luego, carece la Sala de elementos de juicio que le permitan señalar si el auto del 12 de diciembre de 2007, en lo que se relaciona con los recursos interpuestos por la demandada, observó la legalidad, pues ciertamente no basta con que la Fiscalía señale e interprete el contenido de la decisión recurrida de fecha 15 de noviembre de 2007, pues se requería su incorporación para conocer cabalmente los aspectos que abordó y decidió la Juez acusada.  En verdad, que en estas circunstancias, debe reiterar la Sala que son ostensibles las falencias y yerros probatorios en los que incurrió la Fiscalía, al no integrar debidamente las decisiones que tilda de manifiestamente contrarias a la ley con aquellas a las que hacían referencia, o frente a las que se resolvían recursos interpuestos y por ende, debe soportar las consecuencias de no haber acreditado debidamente la teoría del caso en relación con cada uno de los cargos formulados a la acusada.    No obstante, como la Fiscalía se refirió a varias normas que consideró trasgredidas, como el artículo 34 de la ley adjetiva civil, en razón a que la acusada no ordenó, mediante auto, anexar al proceso el despacho comisorio correspondiente a la diligencia de secuestro del predio Altamira, aunque no sustentó debidamente la relación de esta norma cautelar, a efecto de que las partes y terceros tengan la oportunidad de Ser cuestionarla, lo cual se cumplió, pues el comisorio se incorporó materialmente a la actuación y fueron presentadas diferentes solicitudes para controvertirlo.  A lo anterior se suma que, ninguna de las partes o terceros solicitó a la acusada emitir auto en el que ordenara agregar el despacho comisorio de la diligencia de secuestro del predio "Altamira" a la actuación.    Frente a la eventual trasgresión de los artículos 174 y 187 del Código de Procedimiento Civil, similares consideraciones surgen, en cuanto no era exigible a la doctora peña Hernández valorar pruebas que no se aportaron regular y oportunamente a la actuación, máxime que como se dijo anteriormente, se desconoce en qué momento se allegaron, con cuáles solicitudes, quién las presentó e incluso, si se trata de las mismas que incorporó la Fiscalía en el juicio oral, pues los documentos como fichas prediales, certificados de tradición y escritura, entre otros, se recolectaron en las oficinas públicas y no se incorporaron como producto de la inspección ordenada al proceso que tramitaba la acusada, con lo que la Sala no puede concluir si en realidad, se observó el debido proceso probatorio que haría exigible su valoración conjunta.  En lo relacionado con una eventual trasgresión del artículo 303 de la ley procesal civil, el cual establece que toda providencia debe ser motivada de manera breve y concisa, se tiene que en el auto de 12 de diciembre de 2007, la implicada expresó, aunque de manera lacónica, los fundamentos de su determinación y reiteró lo resuelto en auto del 8 de noviembre de 2007, en relación con la solicitud de Gutiérrez Várela, frente a quien en este auto se dispuso no oírlo por no ser parte.  No obstante y frente a esta determinación, debe señalarse que no se incorporó al juicio oral la decisión inicial en la que en el curso del proceso ejecutivo, la acusada señaló las razones jurídicas en las que disponía no escuchar al tercero, esto es, si se fundamentó en el artículo 28 del decreto 196 de 1971, y obedeció al eventual incumplimiento de alguna carga procesal impuesta.  De otro lado, respecto de la trasgresión de los numerales 2 y 8 del artículo 37 de la ley adjetiva civil, se tiene que el primero contempla la garantía de igualdad de las partes y el peticionario no lo era, pues se trataba de un tercero que podía actuar en determinadas oportunidades procesales, como tampoco se evidencia vacío alguno que permitiera aplicar las normas y principios que menciona el numeral 8 de dicha norma.  Finalmente, en lo que se relaciona con la eventual vulneración del artículo 687, numeral 8 del mismo estatuto procesal, contrario a lo planteado por la Fiscalía, se evidencia la observancia por parte de la procesada de dicha norma, pues de acuerdo con las pruebas 10 y 13 incorporadas por la defensa, fijó la caución que contempla dicha norma como presupuesto para escuchar al tercero y este no la prestó, por lo que rechazó el incidente propuesto por Gutiérrez Várela.  **3.1.7. Séptimo cargo de prevaricato por acción.**  Este cargo lo fundamentó el ente acusador en el auto del 26 de marzo de 2008, proferido por la implicada en calidad de Juez 22 Civil Municipal en el que indica que el memorialista Gutiérrez Várela no es parte y por ello, no le da curso a su solicitud, al igual que aclaró que sólo procedía la liquidación adicional del crédito una vez verificado el remate de bienes, providencia incorporada como prueba 24 de la Fiscalía.  En los alegatos de clausura la Fiscalía solicitó la condena de la procesada, petición que fundamentó en la transgresión del artículo 34 de la ley procesal civil, dado que no agregó mediante auto del despacho comisorio al expediente; el artículo 37 numerales 2 y 8, por no hacer efectiva la igualdad ni el derecho del tercero afectado, al igual que los artículos 8 y 9, inciso 4 de la misma normatividad, por haber incurrido en vulneración del debido proceso, continuar el trámite del ejecutivo, no tener en consideración las pruebas allegadas ni excluir de la lista al secuestre que no rindió cuentas, lo que finalmente dispuso la funcionaría judicial que asumió el cargo de Juez 22 Civil Municipal, que además decretó la nulidad de lo actuado.  Ahora bien, sobre lo primero que deba señalarse es que en razón del principio de congruencia, no podía la Fiscalía en el alegato de clausura mencionar normas diferentes a aquellas en las que estructuró la formulación de acusación por esta imputación de prevaricato por acción, luego los artículos 8 y 9 del Código de Procedimiento Civil, no serán analizados por la Sala, en cuanto no fueron incluidos en la acusación8 .  De otro lado, no se incorporaron en el juicio oral las peticiones que se responden en el auto del 26 de marzo de 2008, el cual se limita a señalar que procede la liquidación adicional una vez efectuado el remate y: "el memorialista del escrito anterior no es parte ni apoderado, por consiguiente no se da trámite a la solicitud".  Luego no es posible conocer las solicitudes que respondió la procesada en esta oportunidad y ello incide en el análisis y valoración, tanto de los elementos objetivos como de la tipicidad subjetiva.  De igual forma, son evidentes las falencias de la Fiscalía al referir indiscriminadamente las mismas normas vulneradas, pues en verdad que no se observa de qué manera se transgredió en este específico cargo el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil. Empero aceptando en gracia de discusión que la Fiscalía asumió debidamente la carga argumentativa que le correspondía, se tiene que, aunque efectivamente la acusada omitió anexar, mediante auto el despacho comisorio al proceso ejecutivo singular en mención, lo cierto es que este fue allegado materialmente y conocido por las partes y terceros, que lo cuestionaron por diferentes vías.  Frente a la eventual vulneración del numeral 2 del artículo 37 de la misma normatividad, que contempla como deber del Juez garantizar la igualdad de las partes, se tiene que Gutiérrez Várela no tenía dicha condición, pues se trataba de un tercero que procesalmente sólo podía actuar en determinadas condiciones y oportunidades y respecto de quien, precluyó tal oportunidad al no cancelar la caución fijada para ser oído, como se evidencia de las pruebas 9, 10 y 13 de la defensa.  Tampoco existía vacío alguno que permitiera la aplicación de las normas y principios que se contempla en el numeral 8 de aludido artículo y la audiencia del 19 de abril de 2012.    Fiscalía no señaló específicamente cuál era el vacío legal existente en este evento.  Finalmente, debe referir la Sala que la acusada tampoco contrarió el artículo 28 del decreto 196 de 1971, pues adujo que no escuchaba a Ernesto Gutiérrez por no ser parte, pero en el auto cuestionado de ilegal no mencionó esta norma, lo cual evidencia por lo menos duda sobre la intención de contrariarla, pues una cosa es no oír al tercero por no ser parte y otra bien diferente requerirle actuar con abogado.  En este orden la Sala absuelve en relación con el séptimo cargo a la procesada Peña Hernández, en razón a que no se acreditó, más allá de toda duda, la concurrencia del elemento normativo del tipo de prevaricato por acción consistente en emitir decisión manifiestamente contraria a la ley, ni la tipicidad subjetiva en aplicación de los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004.  **3.1.8. Octavo cargo de prevaricato por acción.**  La Fiscalía lo sustentó en el auto del 28 de mayo de 2008, emitido por la Juez Marzia Patricia Peña Hernández en el que advierte que la demandada debe estarse a lo resuelto en auto del 26 de marzo de 2008 y como Ernesto Gutiérrez no es parte se abstiene de tramitar sus solicitudes, providencia introducida como prueba 27.  En las alegaciones de clausura la Fiscalía adujo que en este evento la procesada vulneró el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil, al insistir en que la demandada actuó fuera del término legalmente establecido, cuando lo cierto es que no agregó debidamente, mediante auto el despacho comisorio; en relación con el artículo 37 numerales 2 y 8 de la misma normatividad, señaló que la acusada no hizo efectiva la igualdad de partes ni aplicó principios constitucionales frente a los vacíos legales, al igual que el 135 por no tramitar incidente de rendición de cuentas del secuestre.    Inicialmente, debe señalarse -como sucedió con el cargo anterior- que en acápite inicial fue dilucidado lo relacionado con el concurso efectivo de tipos penales, en el sentido de que se trata de decisiones emitidas en diferentes fechas, naturalística, ontológica y jurídicamente escindióles, de manera que no se vulnera el nos bin in idem al atribuir el concurso homogéneo y sucesivo.    De otra parte, como fue una constante en la introducción de los documentos del proceso y la estructuración de algunos cargos, la Fiscalía no incorporó la solicitud de María Teresa Vargas a la que se refiere el primer inciso del auto cuestionado, en el que le responde que debe estarse a lo resuelto en el auto del 26 de marzo de 2008, pues lo que incorporó como pruebas 25 y 26, fueron dos peticiones de Ernensto Gutiérrez Vargas.  De manera que, del contenido del auto proferido el 28 de mayo de 2008, no se establece a cuál petición de la demandada se refiere, por manera que, en principio la Sala carece de los elementos de juicio necesarios para establecer si en realidad, esta decisión surge manifiestamente ¡legal, pues se reitera, la Fiscalía no asumió la carga probatoria que le correspondía, en punto de permitir a la Sala conocer que solicitó la demandada.  Igual sucede con lo peticionado por Ernesto Gutiérrez Várela, en cuanto la procesada señala que el memorialista del escrito obrante a folios 305 al 308 no es parte ni apoderado y por ello, no se imparte trámite a sus solicitudes, pero en verdad se desconoce cual o si alguno de los dos memoriales incorporados como pruebas 25 y 26 de la Fiscalía, son los que respondió la acusada en el auto que estructura el presente cargo.  No obstante y haciendo abstracción de tales falencias, se tiene que los planteamientos de la Fiscalía para sustentar la existencia del delito y responsabilidad de la acusada coinciden con los del cargo anterior, por lo que la Sala reiterará los argumentos anteriores, en el sentido de que aunque el despacho comisorio no se anexó mediante auto, como lo dispone el artículo 34 de la ley procesal civil, fue incorporado materialmente al proceso ejecutivo y a ello se suma que, ninguna de las partes lo solicitó, pues ello sólo se evidenció con la orden del Juez Constitucional.  En cuanto a los numerales 2 y 8 del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, reitera la Sala que Ernesto Gutiérrez no era parte ni existía vacío legal que obligara a la procesada a aplicar los principios y demás aspectos señalados en el ordinal 8 de la norma en mención.  En cuanto al artículo 135 del Código de Procedimiento Civil, este no fue mencionado en la audiencia de formulación de acusación y no podía el > ente acusador sorprender en el alegato de clausura a la defensa con la a mención de nuevas normas presuntamente vulneradas.    En lo que tiene relación con la trasgresión de los artículos 174, 187 y 303 de la ley adjetiva civil, en cuanto la Fiscalía aduce que la Juez acusada no tuvo en cuenta las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso ni expuso de manera razonada el mérito que otorgó a cada prueba y tampoco motivó debidamente la decisión, se tiene que la observancia de tales normas tiene relación directa con el debido proceso probatorio, que en este evento implicaba aportar las pruebas de manera oportuna, legal y por quien estaba facultado para ello, lo que no cumplió Gutiérrez Várela, quien se dedicó a allegar documentos indiscriminadamente durante varios años, sin haber cumplido la carga inicial, consistente en cancelar la caución fijada para ser oído, como se ha señalado con anterioridad.  A ello se auna que en este auto, se reiteró lo dispuesto en el de 26 de marzo de 2008, de manera que no requería de mayor motivación o disertaciones profundas y en este orden, no se contrarió lo dispuesto en el artículo 303 de! Código de Procedimiento Civil.  En lo que respecta a la tipicidad subjetiva, el hecho de que la procesada tuviera amplia experiencia como Juez en nada incide en este aspecto, en cuanto como se ha reiterado, existían razones jurídicas para no escuchar a quien no era parte ni había cumplido la obligación de prestar caución para ello, todo lo cual implica señalar que no se acreditó de manera cabal el conocimiento y voluntad de perpetrar el delito por la procesada.    Al respecto se tiene que se trata de una interpretación de la ley, que lejos está de estructurar el dolo, con mayor razón, si la conducta de la Juez implicada, en el sentido de no escuchar al tercero fue constante y como planteó la defensa, no se trajo a esta actuación decisión diferente emitida por aquella en caso similar.  **3.1.9. Noveno cargo de prevaricato por acción**.  La fiscalía lo atribuyó a la procesada con fundamento en el auto del 20 de octubre de 2008, en el que dispuso cumplir lo ordenado por el superior en el fallo de tutela del 16 de octubre de 2008, introducido como prueba 37 de la Fiscalía, mientras que la sentencia de tutela corresponde a la prueba 35.  Al respecto, señaló la representante del ente acusador que en el aludido fallo de tutela se amparó el debido proceso del que era titular Gutiérrez Várela y las demás partes y en cumplimiento de la orden constitucional, la acusada emitió el auto aludido que es confuso, en cuanto declaró una nulidad parcial, decisión que no motivó debidamente, con lo que trasgredió el artículo 303 de la ley adjetiva civil y a ello se auna que decretó dicha nulidad con efectos futuros.  Sobre este cargo, lo primero que debe advertir la Sala es que de manera confusa, la Fiscalía al sustentar su petición de condena aludió a eventuales omisiones de la procesada, esto es, que no resolvió solicitudes del Ministerio Público, cuando lo cierto es que el primer cargo de prevaricato por omisión lo sustenta en este hecho, de manera que, son constantes las falencias argumentativas de la Fiscalía, en cuanto indebidamente mezcló conductas omisivas con otras de acción.  De otro lado, aunque la decisión cuestionada no constituye un paradigma de claridad, lo cierto es que atiende la orden de tutela y decreta: i) anexar el aludido despacho comisorio a la actuación "para los efectos indicados en el artículo 34 de la ley procesal civil" y que el secuestre prestara caución, al igual que rindiera el informe respectivo sobre la administración del bien secuestrado y ii) declarar nula "la actuación adelantada con posterioridad al anexamiento del despacho comisorio".    Lo anterior, teniendo en consideración que la orden constitucional consistió, de acuerdo con el fallo del 20 de octubre de 2008, introducido como prueba 37 de la Fiscalía, en proferir las decisiones correspondientes luego de agotada la actuación por comisionado, frente a lo que la acusada dispuso anexar el despacho comisiorio, para los \* \*5 efectos contenidos en el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil.  Igualmente, se dispuso por el Juez constitucional que la acusada anulara | las determinaciones emitidas sin cumplir el procedimiento establecido legalmente y: "atienda, como en derecho corresponda" las peticiones del actor y las partes relacionadas con la eventual existencia de exceso del Juez comisionado, en cuyo cumplimiento la procesada emitió la orden de anular la actuación adelantada luego de anexar el despacho comisorio que ha sido cuestionada por la Fiscalía, dado que la interpreta como una nulidad hacia el futuro.  No obstante, para la Sala frente al cumplimiento del fallo de tutela que es en esencia lo que se plantea por el ente acusador para estructurar este cargo, resulta trascendente que se instauró incidente de desacato, como se evidencia de las pruebas 34 al 37 introducidas por la defensa, en cuyo trámite, la procesada se pronunció y adujo que cumplió la orden de tutela, en cuanto ordenó anexar el despacho comisorio, a consecuencia de lo cual, la demandada promovió incidente de nulidad, negado en auto del 28 de enero de 2009 y estaba pendiente resolver el recurso de reposición interpuesto contra dicha decisión.  De otro lado, la Juez implicada adujo que el anterior trámite no había permitido para ese momento que se pronunciara sobre la oposición al secuestro planteada por Ernesto Gutiérrez Várela, lo cual se le comunicó en auto del 10 de noviembre de 2008 y en el que decidió la solicitud de nulidad igualmente se señaló en la parte final que el eventual exceso de la Juez comisionada podía establecerse al resolver las peticiones de aquel.    Luego de tal contestación, en auto del 16 de abril de 2009 introducido como prueba 37 de la defensa, la Juez Constitucional concluyó que el fallo de tutela fue cumplido y se abstuvo de iniciar incidente de desacato en contra de la doctora Peña Hernández, determinación en la que señaló: i) que la procesada cumplió las órdenes impartidas, dado que resolvió el incidente de nulidad planteado por la demandada, determinación que fue recurrida; ¡i) dispuso resolver lo atinente a la oposición de Gutiérrez Várela y finalmente, clarificó que si este no estaba de acuerdo con las decisiones emitidas debía acudir a los recursos pertinentes y no a la tutela.  En este orden, si el mismo Juez que emitió la orden de tutela, quien de conformidad con los artículos 23 y 27 del decreto 2591 de 1991, está obligado a hacerla cumplir, -normas que precisamente señala la Fiscalía como trasgredidas-, concluyó que la acusada observó cabalmente la orden constitucional, esta prueba permite estructurar por lo menos, una duda sobre la tipicidad de la conducta de la doctora Peña Hernández.  Ahora frente a la eventual trasgresión del artículo 303 de la ley procesal civil relativo al deber de motivar las providencias judiciales, aunque el auto del 20 de octubre de 2008, emitido por la acusada no constituye un paradigma de precisión y claridad, se insiste que lo cierto es que se circunscribió a emitir órdenes relacionadas con el cumplimiento del fallo constitucional.  Frente al planteamiento de la Fiscalía consistente en que la acusada decretó una nulidad hacia el futuro, surge la duda interpretativa sobre lo que realmente quiso cobijar con dicha invalidación en el auto en mención, a lo que se suma que la Juez de tutela ningún reproche efectuó frente a esta determinación.  De otro lado, nada obstaba para ordenar al secuestre rendir cuentas y prestar caución, máxime que la acusada señaló claramente en la contestación al escrito de tutela que continuó el trámite, resolvió la nulidad instaurada por la señora Vargas Paz y luego de ello, se lo que la Juez Constitucional consideró cumplido el fallo de tutela, como (S i se evidencia en las pruebas 36 y 37 de la defensa.  De otro lado, la Fiscalía en el caso de este específico auto en el que la procesada dio cumplimiento a la orden de tutela no asumió la carga argumentativa que le correspondía en punto de explicar de manera concreta y no abstracta, cuál era la incidencia de las "pruebas  mencionadas en los cargos anteriores", en punto de acreditar este delito y menos aún, las de las pruebas 30, 31 y 32 introducidas por la Fiscalía que corresponden, no a los estudios planimétricos de los predios ni a la pericia de Aluna, sino a un auto del personero Municipal en el que ordenó oficiar a la acusada para que estudiara la posibilidad de decretar la nulidad y expedir copias a la Procuraduría Delegada para asuntos civiles y al Consejo Seccional de la Judicatura de Cundínamarca - Sala Disciplinaria respecto de la Juez Promiscuo de Pandi Sara Inés León; al igual que el oficio dirigido a la Procuraduría en tal sentido y el acta de la visita administrativa del Personero de Pandi al predio secuestrado.  Igual sucede con el levantamiento planimétrico de Aluna - Grupo Empresarial Ltda suscrito por Isabel Machado Cadena y Alberto Machado Cadena introducido como prueba 33 de la Fiscalía y el oficio de la Procuradora Delegada para asuntos civiles Luz Estela Molina dirigido a la procesada, que constituye la prueba 34, pues ninguna relación se evidencia y tampoco la explicó la Fiscalía, entre estos medios de conocimiento y el auto en el que la procesada dio cumplimiento a la orden de tutela.  Como consecuencia, el fallo en relación con el noveno cargo es absolutorio, en razón a que no se acreditó, más allá de toda duda, la concurrencia del elemento normativo del tipo de prevaricato por acción consistente en emitir decisión manifiestamente contraria a la ley, ni la tipicidad subjetiva en aplicación de los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004.  **3.1.10. El décimo cargo de prevaricato por acción**  Este cargo se sustentó por el ente acusador en el auto de! 28 de enero de 2009, que corresponde a la prueba 44 de la Fiscalía, en el que la acusada con posterioridad al fallo de tutela negó la nulidad propuesta por María Teresa Vargas Paz y en el que se respondieron peticiones de María teresa Vargas Paz, en las que solicitó aclarar los actos procesales invalidados en el auto de 20 de octubre de 2008 e insistió en que se anular lo actuado con base en documentos contentivos de linderos de los predios Altamira y El Naranjo.  Al respecto señaló la Fiscalía que la procesada desconoció que el Personero Municipal de Pandi en diligencia de verificación de linderos del 1 \*í 20 de abril de 2007, pidió nombrar un experto para dilucidar los ¡ linderos, a lo que se suma que contiene una desacertada valoración del plano topográfico del Instituto Agustín Codazzi, auto en el que negó la nulidad y adujo que si se llegaba a acreditar exceso, se decidiría lo pertinente al resolver las peticiones pendientes de Ernesto Gutiérrez Várela.  La Fiscalía consideró trasgredidos los artículos 174, 187, 303 de la ley procesal civil y 29 de la Constitución Política, en cuanto esta decisión no se motivó debidamente ni se valoraron individual y en conjunto las pruebas allegadas que permitían diferenciar los linderos de los inmuebles comprometidos, dado que la procesada únicamente tuvo en cuenta la diligencia de verificación de estos y la intervención del Ministerio Público en la que señaló que eran confusos los del Naranjo, no los de Altamira, pero no leyó las pruebas aportadas.  De las pruebas en mención y el contenido del auto del 28 de enero de 2009, no evidencia la Sala trasgresión de los artículos 174, 187 y 303 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto establecen que las decisiones de los Jueces deben motivarse de manera breve y precisa, fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y la valoración conjunta de estas.  Sobre el particular, se tiene que en la providencia cuestionada, la procesada señaló -ciertamente de forma breve- los motivos de la negativa en declarar la nulidad de la diligencia de secuestro, que sustentó en las pruebas que consideró trascendentes tales como la diligencia de verificación de linderos efectuada por la Juez comisionada, diligencia en la que el Presonero Municipal dejó constancia de que existía confusión.  Igualmente tuvo en cuenta un plano del Instituto Geográfico Agustín Codazzi en el que se señaló que el predio Altamira tenía forma longitudinal, para finalmente concluir que no había lugar a declarar la nulidad, empero, dejó abierta la posibilidad de adoptar las medidas pertinentes si se llegare a demostrar posteriormente que en el secuestro del inmueble Altamira se incluyó una parte de el Naranjo, predio diferente a aquel cuyo embargo se decretó.  Al respecto advirtó la Fiscalía que debió designarse perito, como lo señaló el Personero Municipal en la diligencia de verificación de linderos, frente a lo que debe decirse que ciertamente la acusada adoptó dicha determinación varios meses después, pero en ello no puede sustentarse el prevaricato por acción, en cuanto en auto del 19 de octubre de 2009, introducido como prueba 52 de la Fiscalía, en el que se hizo alusión al del 12 de mayo anterior, introducido como prueba 38 de la defensa la procesada ordenó, para dilucidar lo relativo a la nulidad solicitada por la demandada designar perito de dicho instituto.  De otro lado, debe señalarse, como lo adujo la defensa, que la Juez que remplazó a la procesada ordenó insistir en dicha experticia, que finalmente se efectuó por la perito topógrafo Gilma Fanny Castro y del que se impartió traslado en auto del 16 de agosto de 2011, luego de lo cual, la Juez Andrea Paola Rojas decretó la nulidad en auto del 5 de octubre de 2011, correspondientes a las pruebas 56, 57 y 58.  De manera que, tal pericia fue allegada con posterioridad a la decisión supuestamente contraria a la ley en la que la Fiscalía que sustenta este cargo, emitida el 28 de enero de 2009.  Lo anterior, quiere significar, contrario a lo señalado por la Fiscalía, que no es cierto que con los mismos elementos de juicio una Juez diferente hubiera decretado la nulidad, pues ello ocurrió solo después de que se realizara la pericia que fundamentó dicha determinación, como aparece claro en el contenido de la providencia del 5 de octubre de 2011, con lo que se desdibuja la tipicidad subjetiva que pretendió sustentar el ente acusador.    En este orden, la Sala absuelve a la procesada por este cargo, en razón a que no se acreditó mas allá de toda duda la trasgresión de las normas en mención ni de la tipicidad subjetiva, con fundamento en los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004.    **3.2. Del prevaricato por omisión.**  El delito de prevaricato por omisión se contempla en el artículo 414 del Código Penal de la siguiente manera: "Artículo 414. El servidor público que omita, retarde, rehuse o deniegue un acto propio de sus funciones incurrirá en prisión (...)"  **1. Primer cargo de prevaricato por omisión.**  El primer cargo de prevaricato por omisión se sustenta por el ente acusador en la omisión de la procesada en resolver la solicitud del Ministerio Público del 15 de agosto de 2008, en la que señaló que el predio el Naranjo estaba secuestrado indebidamente y pidió aplicar el artículo 37 de la ley adjetiva civil, al igual que requirió a la acusada para que le remitiera todas las decisiones que en lo sucesivo adoptara en la actuación referenciada, lo cual no cumplió y adicionalmente, el Personero Municipal de Pandi presentó solicitud similar.  Adujo la Fiscalía que la doctora Peña Hernández transgredió el artículo 277, ordinales 7 y 9 de la Constitución Política que contempla las funciones del Ministerio Público, en concordancia con el 41 del Código de Procedimiento Civil, omisión que fue aceptada durante el contrainterrogatorio por la procesada, lo cual implica que incumplió un deber legal y frente al aspecto subjetivo sostuvo que se trata de una funcionaría judicial con varios años de experiencia y capacitación, que actuó de manera caprichosa, dado que no escuchó al Ministerio Público ni al Personero, razones por las que solicita se profiera condena por este delito.  Adicionalmente, señaló que el Juez de tutela había ordenado a la implicada responder las peticiones de todas las partes y no lo hizo, por lo que actuó de manera arbitraria y como consecuencia, solicitó se le condene por este cargo, coadyuvada por el apoderado de la Víctima, quien adujo que la procesada fue reiterativa al no contestar, sin justificación legal las solicitudes, al punto que fue necesario acudir a la acción de tutela para que las respondiera.  Para la Sala, primero se advierte que las normas mencionadas como trasgredidas en la acusación fueron los artículos 37 de la ley procesal civil y 29 de la Constitución Política y a estas debe circunscribirse la presente decisión, al igual que a los supuestos fácticos que delimitó la Fiscalía, pues el requerimiento de enviar las decisiones posteriores a la representante del Ministerio Público no hizo parte de la petición del 15 de agosto de 2008 y tampoco la eventual ausencia de respuesta a una solicitud del Personero Municipal de Pandi, por ende, el estudio del cargo en este evento se limitará a lo señalado por la Fiscalía en la acusación .  En este orden, no se hace necesario abordar la eventual vulneración del artículo 41 de la ley adjetiva civil, referida a la labor de los Personeros Municipales, con mayor razón, si resulta cuestionable que este servidor actuara como tal, ante un Juzgado Civil Municipal de esta ciudad y de su testimonio en el juicio oral se advierte que pretendía ser atendido personalmente por la procesada, lo cual no constituía un deber de la Juez procesada .  Ahora, de la misma manifestación de la acusada en el testimonio rendido en el juicio oral , surge que en realidad, no respondió la solicitud del Ministerio Público del 15 de agosto de 2008 y por ende, no existe discusión alguna sobre la tipicidad objetiva, empero, en relación con la tipicidad subjetiva referida al conocimiento y voluntad de perpetrar el delito omisivo, de las pruebas incorporadas surgen dudas, en especial, por razón de la carga laboral que soportaba.  Al respecto, obsérvese que la solicitud en mención, fue presentada por la representante del Ministerio Público el 15 de agosto de 2008 y para ese momento, de acuerdo con la estadística rendida el 1 de julio de 2008, tenía 2041 procesos ejecutivos en trámite en su despacho, el cual se mantuvo con muy escasas variaciones, circunstancia que se sustenta en la prueba 69 de la Fiscalía.  De manera que, no surge claro el conocimiento y voluntad de la procesada en punto de este punible y por ello, se le absuelve en aplicación de la duda existente sobre la tipicidad subjetiva, con fundamento en los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004.  **2. Segundo cargo de prevaricato por omisión.**  Este cargo lo sustenta la Fiscalía en la omisión de la acusada en resolver la solicitud del 21 de noviembre de 2008, introducida como prueba 42, en la que María Teresa Vargas pidió aclarar cual parte de la actuación fue declarada nula en el auto del 20 de octubre de 2008. con lo que vulneró los artículos 37, 174, 187 Y 303 del Código de Procedimiento Civil, y 29 de la Constitución Política, pues la peticionaria era parte y dicha decisión resultaba determinante para volver las cosas al estado anterior, máxime que era deber funcional de la procesada contestar las peticiones de las partes y pudo actualizar su conocimiento para declarar la nulidad del secuestro.  Igualmente señaló que el aspecto subjetivo se acreditó plenamente, pues es deber de todo funcionario judicial contestar las peticiones de las partes y la demandada pidió que se aclarara un auto confuso, con lo que era factible actualizar su conocimiento y por ende, con la coadyuvancia del apoderado de la víctima, pidió condena en razón de este cargo.  Inicialmente, debe señalar la Sala frente a las normas presuntamente vulneradas, que hacen alusión, no al delito de prevaricato por omisión, sino en concordancia con los cargos iniciales, a los de prevaricato por acción, en cuanto tratan de la motivación de las providencias judiciales, su fundamentación en las pruebas aportadas y la Fiscalía no refirió norma alguna relacionada con los términos para decidir que era la pertinente en este evento.  Refuerza esta aseveración de la Sala el hecho de que la Fiscalía adujo que la implicada tuvo la posibilidad de actualizar el conocimiento, a efecto de decretar la nulidad, con lo que se evidencia la confusión que ostenta frente a las conductas activas y omisivas, pues mezcla los elementos de uno y otro.    De otra parte, adujo la acusada en el juicio oral que la actuación fue enviada durante esa época para ser fotocopiada, precisamente, en razón de las múltiples acciones interpuestas por Ernesto Gutiérrez, tarea que se prolongó por varios meses y cuando regresó fue contestada la petición.  A lo anterior se auna la ostensible carga laboral que soportaba de acuerdo con las estadísticas incorporadas como prueba 69, que le impedía responder cabalmente las solicitudes, con mayor razón, si en este evento no se incorporó el informe secretarial alusivo al momento en el que el proceso regresó al despacho de la Juez acusada y fue ingresado para responder la aludida solicitud, conforme lo plasmó en el auto del 25 de noviembre de 2008, introducido como prueba 43 de la Fiscalía en los siguientes términos: "Una vez se encuentre el expediente nuevamente en el Juzgado, se resolverá lo que en derecho corresponda.  Esta obligación correspondía a la secretaría del Juzgado y el desconocimiento del momento en el que regresó el expediente e ingresó nuevamente al despacho refuerza la duda señalada anteriormente.  En este orden, la decisión respecto de este cargo es absolutoria en aplicación de la duda existente sobre la tipicidad subjetiva, con fundamento en los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004.  **3. Tercer cargo de prevaricato por omisión.**  En relación con este cargo, adujo la Fiscalía que la procesada retardó por más de siete años la resolución de las solicitudes de nulidad del secuestro del predio presentadas por María Teresa Vargas, Ernesto Gutiérrez Várela, Gerardo Cuéllar Botello y no resolvió la orden del Juez de tutela, en el sentido de que debía decretar la nulidad, lo cual no hizo hasta el 28 de enero de 2009.    De análisis de los argumentos de la Fiscalía, surge que pretende estructurar con las mismas premisas tácticas y jurídicas indistintamente cargos de prevaricato por acción y por omisión, pues es evidente que durante el lapso de los siete años en los que señala se retardó la decisión de decretar la nulidad, atribuye a la procesada varios prevaricatos por acción con fundamento en autos proferidos por la procesada a efecto de responder solicitudes en tal sentido.    Lo anterior significa que la acusada se pronunció reiteradamente sobre las solicitudes de esta naturaleza y por ende, no era posible atribuirle este cargo de prevaricato por omisión.  Para abundar en razones, se debe señalar que no es posible jurídicamente derivar de la misma conducta, prevaricato por acción y de omisión, dado que en estos eventos es aplicable el principio de consunsión, a efecto de resolver el denominado concurso aparente de tipos penales y en este orden, los prevaricatos por acción relacionados con la negativa a decretar la nulidad del secuestro, absorven el desvalor del tercer cargo de prevaricato por omisión que consiste en retardar la decisión de invalidar lo actuado, pues una cosa es no decidir o retardar la decisión y otra muy diferente decidir contrario a la norma, como según la Fiscalía sucedió en los delitos de prevaricato por acción.  Tan cierto resulta lo anterior, que la Fiscalía no señaló como norma vulnerada aquella que consagra el término para resolver, sino las mismas en las que fundamentó la mayoría de prevaricatos por acción e igual sucedió con las pruebas que menciona, en cuanto se refieren a los documentos en los que aparecían los linderos de los inmuebles Altamira y el Naranjo y otros relacionadas con los planos y levantamientos topográficos.  Ahora, en relación con un eventual retardo en cumplir la orden de tutela, este hecho no fue claramente señalado en la acusación y a ello se suma que el Juez de tutela, de acuerdo con la prueba 36 de la defensa, referida al auto del 16 de abril de 2009, concluyó que no existían razones para iniciar incidente de desacato.  En este orden, la sentencia es absolutoria en relación con el tercer cargo de prevaricato por omisión, en razón de la atipicidad de la conducta, pues se reitera, el ente acusador sustentó un prevaricato por acción y no por omisión.    El cuarto cargo de prevaricato por omisión derivado de no anexar el despacho comisorio de la diligencia de secuestro a la actuación fue retirado por la Fiscalía, dado que con dichos presupuestos tácticos sustentó varios prevaricatos por acción.    **4. Otras determinaciones.**  Finalmente, en razón de la sentencia absolutoria proferida se ordenará, de conformidad con el artículo 96 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 85 de la ley 1395 de 2010, el levantamiento del embargo dispuesto sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria 50C-620042, ubicado en la calle 22D bis, No 75-10 de propiedad de la doctora Marzia Patricia Peña Hernández.  En razón de lo expuesto la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá "Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley",  **RESUELVE:**  Primero. Absolver a la doctora Marzia Patricia Peña Hernández de los diez (10) cargos de prevaricato por acción y tres (3) cargos de prevaricato por omisión, que le atribuyó la Fiscalía en la presente actuación penal adelantada en su contra, por las razones señaladas en la parte motiva.  Segundo. Ordenar, el levantamiento del embargo dispuesto sobre el inmueble con matricula inmobiliaria 50C-620042, ubicado en la calle 22D bis, No 75-10 de propiedad de la doctora Marzia Patricia Peña Hernández. |

* El 16 de diciembre de 2015 la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal profirió fallo de segunda instancia, en el cual confirmó la sentencia apelada[[13]](#footnote-13):

|  |
| --- |
| **6.2.1 Del auto del 22 de febrero de 2007.**  La doctora MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ, mediante auto del 22 de febrero de 2007, decidió: "Toda vez que el memorialista del escrito que antecede, no es parte debe estarse a lo resuelto en auto de fecha 24 de julio de 2002, visible a folio 63".  Según la acusación, a través de dicha decisión la procesada infringió los artículos 34, 37-2 y 687-8 del C.P.C, 28 del Decreto 196 de 1991 y 29 de la Constitución, como quiera que se negó a resolver las solicitudes de nulidad presentadas por el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA, con fundamento en que no actuó por medio de abogado, pese tratarse de un proceso ejecutivo de mínima cuantía.  Al respecto, cierto es que no se aportó el auto del 24 de julio de 2002 a leí investigación penal, elemento importante para determinar la materialidad o no de la conducta. Sin embargo, de la providencia cuestionada, fácilmente se extrae que el motivo por el cual no se tramitó la solicitud fue que el peticionario no tenía la calidad de parte, no que éste hubiera actuado sin ser abogado, razón jurídica totalmente válida.  En efecto, no existe discusión alguna dentro del proceso con relación a que el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA no era parte, sino que pretendía intervenir dentro del proceso, en su condición de presunto poseedor del inmueble EL NARANJO, sobre el que, supuestamente, se practicó irregularmente el secuestro.  Por lo tanto, aquél promovió incidente de levantamiento del embargo y secuestro, tras lo cual el 27 de agosto de 2002 la juez fijó la respectiva caución, ajustada el 18 de octubre de ese año, que aquél no prestó, motivo por el cual el 4 de diciembre de 2002 se rechazó, conforme a lo previsto en el artículo 687-8 del C.P.C.  Así, a la funcionaría judicial no le quedaba opción jurídica distinta a la de no tramitar las peticiones del señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA, toda vez que éste no cumplió con la carga procesal que le correspondía para intervenir en calidad de poseedor.    **6.2.2 Del auto del 27 de junio de 2007.**  El cargo tiene su génesis en el auto del 27 de junio de 2007, en el que la ex Juez 22 Civil Municipal de Bogotá decidió:  "Conforme lo solicitado por el apoderado de la parte actora y por ser procedente, para llevar a cabo el avalúo del predio rural ALTAMIRA se comisiona al señor JUEZ PROMISCUO DE PANDI Cimdinamarca, para que designe perito avaluador del citado bien".  Tal providencia, según el ente investigador, transgredió el artículo 516 del C.P.C, conforme al cual para ordenar el avalúo de un bien debe estar perfeccionado su secuestro, lo que no había ocurrido, debido a que existía cuestionamientos por las partes e intervinientes respecto a los linderos del inmueble ALTAMIRA.  Dispone el artículo 516 del C.P.C. que, practicados el embargo y secuestro, el juez ordenará el avalúo de los bienes, y en la misma providencia designará los peritos y les fijará término para el dictamen.  De manera que, habiéndose perfeccionado tales medidas cautelares dentro del proceso, indudablemente, la doctora MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ debía disponer el avalúo del bien ALTAMIRA.  Por supuesto, la referida norma también señala que cuando haya oposición al secuestro, se aplazará el avalúo hasta cuando ella sea resuelta. Empero, en el asunto en concreto, contrario a lo indicado por la Fiscalía y el apoderado de la víctima, no había objeción pendiente al respecto. En efecto, de acuerdo con los elementos probatorios incorporados, hasta ese momento sólo se habían presentado solicitudes de nulidad por parte del señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA, las cuales fueron resueltas por medio de autos del 24 de julio de 2002 y 22 de febrero de 2007.    **6.2.3 De los autos del 23 de agosto y 2 de octubre de 2007.**  En auto del 23 de agosto de 2007, la acusada dispuso:  El llamamiento exoficio en los términos del artículo 50 del C.P.C, se encuentra consagrado en el caso que haya lugar a citar a personas que pudieran resultar perjudicados con colusión o fraude en el proceso, lo que quiere decir, que el apoderado o mandatario en asunto judicial por cualquier medio fraudulento perjudique la gestión, hecho que no se da en el caso de autos si nos atenemos a que en vista de la reiterada inconformidad con la alinderación del inmueble que fuera embargado y secuestrado, la comisionada JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL DE PANDI realizó nuevamente la práctica de la diligencia para constatar que la alinderación correspondía al inmueble objeto de secuestro, luego no se dan las circunstancias previstas en los artículos 58, 34 y 138 del C.P.C, por consiguiente, se denegará la nulidad presentada por la demandada MARÍA TERESA VARGAS PAZ".  Dicha providencia, analizada conjuntamente con la decisión del 2 de octubre de 2007, por medio de la cual la procesada negó el recurso de reposición y rechazó el de apelación interpuesto contra el auto del 23 de agosto de 2007, con fundamento en que la demandada pretendía actuar en nombre de un tercero a quien ya se le había resuelto las solicitudes y el 20 de abril de 2007 se había practicado una diligencia en la que se confirmó que el bien secuestrado era ALTAMIRA, estando presentes el Agente del Ministerio Público y el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA, quien tuvo la oportunidad de reclamar sus derechos, sin haber prestado la respectiva caución.  En esa decisión, ajuicio de la Fiscalía, la procesada violentó los artículos 34, 174, 187 y 303 del C.P.C., en la medida en que aquélla no tuvo en cuenta las escrituras públicas que indicaban que se había secuestrado irregularmente el predio EL NARANJO.  Con relación al artículo 34 del C.P.C, según el cual las partes pueden solicitar la nulidad de la audiencia de secuestro dentro de los 5 días siguientes a la notificación del auto que ordena anexar el despacho comisorio de tal diligencia al expediente, no existe controversia alguna sobre el hecho de que la acusada omitió tal actuación.  No obstante, tal descuido no constituye prevaricato por acción, lo cual impuso su absolución, sino a lo sumo sería por omisión, en la medida en que estando en el deber legal de ordenar la incorporación del despacho comisorio, no lo hizo.  De manera que, en virtud del principio de congruencia, según el cual, como ya se explicó, el acusado no puede ser condenado por las imputaciones jurídicas que no hayan sido expresamente solicitadas por la Fiscalía al término del debate oral, es claro que la Corte no puede entrar a efectuar el respectivo estudio, máxime cuando tampoco fue objeto de la acusación.  Respecto a la presunta vulneración de los artículos 174 y 187 del C.P.C, que obligan al funcionario judicial a emitir sus providencias con base en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, sostiene la Fiscalía que la juez no valoró las escrituras públicas que mostraban secuestrado el inmueble EL NARANJO.  Sin embargo, como lo precisó el Tribunal, no existe ninguna prueba indicativa de que para esa época la juez haya contado con algún elemento de conocimiento que hubiese evidenciado esa incorrección de la medida cautelar.    Por el contrario, las peticiones del 25 y 28 de julio de 2007, elevadas por la señora MARÍA TERESA VARGAS PAZ, revelan que las escrituras públicas de los predios no habían sido incorporadas o, por lo menos, no en debida forma por la demandada, como quiera que, en la primera, en el acápite de pruebas, lo único que solicitó fue oficiar al Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, mientras en la segunda ningún elemento probatorio relacionó.  Adicionalmente, del auto del 11 de noviembre de 2008 se infiere que para esa fecha no se había anexado tales documentos, por cuanto en la decisión se requirió a la parte demandada para que allegara copia de las escrituras públicas de los predios ALTAMIRA y EL NARANJO, como también de los folios de matrícula inmobiliaria.  Por supuesto, en el juicio oral se presentaron los folios de matrícula, fichas catastrales, escrituras públicas y planos de los inmuebles ALTAMIRA y EL NARANJO, por parte de SANDRA LILIANA PRADO RÍOS, quien refirió que eran piezas procesales del proceso ejecutivo, de lo que también dieron cuenta MARÍA TERESA VARGAS PAZ, ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA y SANDRA LILIANA PRADO RÍOS, declaraciones que el Tribunal calificó como impertinentes.  Al respecto, importa destacar que el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 refiere los parámetros para determinar la pertinencia de las pruebas y destaca la necesidad de que las mismas se refieran "directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta". En ese sentido, la Corte expresó :  "En tal sentido, recuérdese cómo la Corporación ha decantado que la prueba es conducente cuando ostenta la aptitud legal para forjar certeza en el juzgador, lo cual presupone que el medio de convicción esté autorizado en el procedimiento; es pertinente cuando guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; es racional cuando es realizable dentro de los parámetros de la razón y, por último, es útil cuando reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario."  Con fundamento en lo anterior es claro que los aludidos testimonios no son impertinentes, habida cuenta de que sí se refirieron directamente a los hechos y circunstancias inherentes al objeto cuya comprobación se pretendía, a saber, la incorporación de las escrituras públicas de los predios. Sin embargo, lo que sí es cuestionable es su credibilidad.  Así, siendo MARÍA TERESA VARGAS PAZ y ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA directamente interesados en que se decretara la nulidad de la diligencia de secuestro, mal puede predicarse objetividad de su dicho, al paso que la investigadora SANDRA LILIANA PRADO RÍOS simplemente efectuó una lectura de los documentos, sin referir cuándo fueron incorporados al expediente, circunstancia esencial para determinar si la juez tenía conocimiento de aquéllos antes de emitir las cuestionadas providencias.  Además, en realidad, al menos en lo que tiene que ver con los folios de matrícula inmobiliaria, es evidente que la procesada no tuvo acceso a ellos, como quiera que fueron impresos el 23 de marzo de 2010, cuando la decisión fue proferida de tiempo atrás.  Por lo tanto, no puede afirmarse que la doctora MARZI PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ, deliberadamente, haya decidido no valorarlos, en contravía de los artículos 174 y 187 del C.P.C.  En cuanto a la violación del artículo 303 del C.P.C, la juez, de forma breve y precisa, sí motivo las mencionadas providencias. Así, negó la nulidad solicitada, con fundamento en lo constatado en la diligencia de verificación de linderos efectuada por el Juez Promiscuo Municipal de Pandi el 20 de abril de 2007, de lo que concluyó que el bien secuestrado era ALTAMIRA.  En ese orden de ideas, se confirmará la decisión de absolución, como quiera que la acusada, en providencias del 23 de agosto y 2 de octubre de 2007, no transgredió manifiestamente los artículos 34, 174, 187 y 303 del C.P.C  **6.2.4 De los autos del 8 de noviembre, 12 de diciembre de ese año, 26 de marzo y 28 de mayo de 2008**    Por medio de los autos del 8 de noviembre y 12 de diciembre de 2007 y 26 de marzo y 28 de mayo de 2008, la doctora MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ se negó a tramitar las peticiones de nulidad de la diligencia de secuestro presentadas por el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA, en los siguientes términos:  1. 8 de noviembre de 2007: "El memorialista del escrito visto a folios 266-269 no se oye por no ser parte dentro de este proceso".  2. 12 de diciembre de 2007: "El memorialista del escrito visto a folio 284, deberá estar (sic) a lo resuelto en auto de fecha 8 de noviembre de 2007".  3. 26 de marzo de 2008: "El memorialista del escrito anterior, no es parte ni apoderado, por consiguiente no se da trámite a la solicitud".  4. Auto del 28 de mayo de 2008, "El memorialista del escrito obrante a los folios 305-308, no es parte ni apoderado, por consiguiente, no se da trámite a las solicitudes".  En primer lugar, respecto a los autos del 12 de diciembre de 2007 y 26 de marzo de 2008, el a quo indicó que la Fiscalía incurrió en omisiones probatorias que impiden analizar la materialidad de la conducta típica, sobre lo cual aquélla, en la apelación, indicó que de las providencias se podía inferir el contenido de los elementos probatorios faltantes, sin señalarlo.  Empero, independientemente de que no obren las peticiones que dieron origen a las referidas providencias, lo cierto es que de las mismas sí se puede observar que no se tramitaron las solicitudes del señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA por no ser parte en el proceso, decisiones que el ente investigador califica como prevaricadoras.  En lo relativo a la infracción del artículo 28 del Decreto 196 de 1971, es verdad, como lo expuso el Tribunal, que la Fiscalía estructuró la formulación de acusación en una premisa jurídica equivocada, ya que la norma aducida contempla que en los procesos de mínima cuantía se puede litigar en causa propia sin ser abogado inscrito, mientras que la decisión del 8 de noviembre de 2007 de no escuchar al señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA se fundamentó en que éste no es parte en el proceso.  Con relación al artículo 37-8 del C.P.C, basta con indicar que, no siendo parte el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA, mal puede reprochársele a la funcionaría judicial que no le haya dado tratamiento como si lo fuera. Tampoco como tercero poseedor, puesto que nunca cumplió con la carga de otorgar la caución impuesta, de acuerdo con el artículo 687-8 del C.P.C.  En punto de la imputada violación del artículo 34 del C.P.C, por la no incorporación del despacho comisorio al expediente, como ya se advirtió, se trata de un yerro que ameritaría un análisis por prevaricato por omisión, modalidad delictiva no atribuida a la acusada.  Frente al artículo 37-8 del C.P.C, entiende la Corte que lo que pretende la Fiscalía es argumentar que, si bien el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA no cumplió con su carga procesal, la juez, en defensa de los derechos constitucionales fundamentales de aquél, debió oficiosamente decretar la nulidad.  No obstante, lo que pasa por alto el ente investigador es que al citado ciudadano ningún derecho constitucional fundamental le fue vulnerado. Contrariamente, se le garantizó el debido proceso. Sólo que no pudo ser oído por el motivo tantas veces referido, no por circunstancias atribuibles a la juez.  Desde luego, el artículo 145 del C.P.C dispone que en cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá decretar de oficio las nulidades insanables, siendo la falta de competencia, acorde con los artículos 34 y 140-3 del C.P.C, una de ellas. Sin embargo, como arriba se indicó, no se tiene certeza de que en el expediente se encontraran los elementos que hacían evidente la necesidad de proferir tal decisión.  Adicionalmente, se acusó a la doctora MARZIA PATRICIA HERNÁNDEZ por no acatar lo previsto en el artículo 303 del C.P.C, como quiera que no motivó los autos del 12 de diciembre y 28 de mayo de 2008.  Sobre el primero, importa destacar que la juez le indicó al peticionario que debía estarse a lo resuelto en auto del 8 de noviembre de 2007, según el cual no se oiría por no ser parte en el proceso.  Acerca de la segunda providencia, señaló que su solicitud no se tramitaría por no ser parte ni apoderado.  De suerte que, de forma breve y precisa, la procesada sí motivó los referidos autos, en el sentido de que las peticiones del señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA no serían resueltas, dado que no era parte ni apoderado dentro del proceso ejecutivo, siguiendo lo previsto en el artículo 303 del C.P.C  Por razón de las decisiones del 12 de diciembre de 2007 y 28 de mayo de 2008 se le atribuyó a la procesada la infracción de los artículos 175 y 187 del C.P.C, como quiera que se negó a valorar los elementos probatorios aportados por el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA en sus diferentes peticiones. Sobre el particular, se advierte que, no siendo aquél parte dentro del proceso y habiéndosele rechazado el incidente de levantamiento de embargo y secuestro, la juez no estaba obligada ni facultada legalmente para apreciar los documentos por él aportados.  Con todo, suponiendo que la enjuiciada hubiera tenido el deber de revisar las peticiones elevadas por el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA el 19 de diciembre de 2006 y 13 de marzo, 14 de junio, 16 de octubre y 20 de noviembre de 2007, en ellas tampoco se observa que aquél haya aportado los documentos cuya valoración echa de menos la Fiscalía, a saber, los folios de matrícula, fichas catastrales, escrituras públicas y planos de los inmuebles ALTAMIRA y EL NARANJO.  Desde luego, en el juicio oral se anexaron tales documentos. No obstante, como ya se indicó, esas pruebas fueron recopiladas para el proceso penal por la investigadora SANDRA LILIANA PRADO RÍOS, sin que se haya precisado el momento, cómo y por quién se incorporaron en el trámite civil. Por lo tanto, no es posible afirmar que los mismos estuvieran en el expediente examinado por la juez acusada para el momento de emitir las cuestionadas providencias.  De manera que, sumadas las anteriores valoraciones, resulta infundada la tesis según la cual la juez incurrió en prevaricato al no tramitar las peticiones instauradas por el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA, toda vez que éste no era parte ni cumplió con su carga procesal para intervenir como presunto poseedor, por lo que se confirmará la decisión de absolución en relación con esas decisiones.  **6.2.5 Del auto del 20 de octubre de 2008**    El Juzgado 9o Civil del Circuito de Bogotá, por medio de la sentencia de tutela del 16 de octubre de 2008, ordenó a la doctora MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ, en su condición de Juez 22 Civil Municipal:  "... que en el término de 48 horas contadas a partir de la comunicación, proceda a proferir las decisiones que conforme a derecho corresponden luego de agotada la actuación por comisionado, anule las que se profirieron sin cumplirse procedimiento establecido en la ley de ritualidad civil y atienda, como en derecho corresponda, las peticiones tanto del actor en la presente tutela como de las partes, que en tiempo se presentaron, encaminadas a dilucidar si existió o no, actuación del comisionado por fuera de los límites de la comisión conferida".  En orden a cumplir lo dispuesto por el juez de tutela, la acusada, mediante auto del 20 de octubre de 2008, resolvió:  1. "El despacho comisorio diligenciado por el Juzgado Promiscuo Municipal de PANDI que aparece a folios 156 a 206 obre en el expediente para los efectos indicados en el art. 34 del CP.C. En el término de diez días el secuestre preste caución por la suma de $1.000.000. comuníquesele telegráficamente. Igualmente se le informará de la obligación que tiene de rendir los informes sobre la administración de los bienes, so pena de las sanciones legales a que haya lugar.  2. La actuación llevada a cabo con posterioridad al anexamiento del despacho comisorio se declara nula".    Sin embargo, el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA inició el respectivo incidente de desacato, con fundamento en que, a través de auto del 10 de noviembre de 2008, la procesada le comunicó que una vez resolviera el incidente de nulidad propuesto por la señora MARÍA TERESA VARGAS PAZ, el cual negó, daría respuesta a su peticiones.  Por lo tanto, el Juzgado 9o Civil del Circuito, previo a ordenar la apertura del incidente de desacato, por medio de auto del 19 de marzo de 2009, requirió a la doctora MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ para que informara las actuaciones adelantadas con el propósito de acatar el fallo de tutela.  Fue así como la procesada, a través de oficio N° 700 del 24 de marzo de 2009, informó al juez constitucional que ordenó la incorporación del despacho comisorio diligenciado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Pandi para los efectos del artículo 34 del C.P.C, actuación a partir de la cual se decretó la nulidad de lo actuado. Posteriormente, indicó la juez, la señora MARÍA TERESA VARGAS PAZ promovió incidente contra la diligencia de secuestro, que le fue negado el 28 de enero de 2009, decisión contra la cual aquélla interpuesto recurso de reposición, por lo que para ese momento el expediente se encontraba en la secretaría a fin de correr el respectivo traslado.  Dicho trámite, continuó la juez, le había impedido darle curso a la oposición presentada por el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA, a quien, mediante auto del 10 de noviembre de 2008, se le comunicó que, una vez decidida la nulidad solicitada por la demandada, se tramitaría sus peticiones, providencia en la que advirtió: "En conclusión, no se presenta la nulidad alegada por la demandada. Si se llegare a establecer que efectivamente se incluyó en la diligencia la totalidad o parte del lote EL NARANJO, obviamente el juzgado tendrá que tomar las medidas correctivas respectivas. Esta situación bien puede establecerse al resolver las peticiones que existen por parte del señor ERNESTO GUTIÉRREZ".  En virtud de la respuesta anterior, el Juzgado 9o Civil del Circuito de la ciudad se abstuvo de iniciar el incidente de desacato, tras considerar que la funcionaría demandada ya había resuelto el incidente de nulidad, al paso que aquélla precisó que una vez resuelto el recurso de reposición contra dicha decisión se contestarían las peticiones del señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA. De manera que, concluyó, la juez había tomado las medidas necesarias para acatar el fallo de tutela.  Con fundamento en la anterior decisión, el Tribunal sostuvo que la procesada no transgredió los artículos 303 del C.P.C. ni 23 y 27 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que, por medio del auto del 20 de octubre de 2008, había dado cumplimiento al fallo de tutela.  No obstante, el apelante considera que la juez no acató el fallo de tutela, como quiera que el auto del 20 de octubre de    2008 es confuso y no resolvió la oposición presentada por el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA.  Al respecto, considera la Corte que la acusada sí acató integralmente la orden del Juez 9o Civil del Circuito de Bogotá. En efecto, anuló las decisiones proferidas con posterioridad a la incorporación del despacho comisorio diligenciado, lo cual no significa una nulidad a futuro, como lo entiende la Fiscalía.  Recuérdese que el despacho comisorio sí se encontraba materialmente dentro del expediente. La omisión consistió en no ordenar su incorporación acorde con el artículo 34 del C.P.C, con el propósito de habilitar a las partes y terceros la oposición a la diligencia, por lo que necesariamente debía decretarse la nulidad a partir de la devolución del mismo al expediente.  En segundo término, ordenó que se anexara el despacho comisorio al expediente.  En tercer orden, resolvió la nulidad pedida por la demandada, decisión contra la que la peticionaria presentó recurso de reposición, luego de lo cual, por medio de auto del 12 de mayo de 2009, tras señalar que "considera el juzgado de vital importancia para resolver el recurso, esclarecer de manera determinante, linderos, cabida, localización exacta y demás especificaciones de los predios ALTAMIRA y EL NARANJO y ello solamente puede aclararse mediante una prueba pericial que de la certeza sobre los aspectos y circunstancias indicadas anteriormente", ordenó la realización de peritaje por parte de un funcionario del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el cual fue aportado hasta el 19 de enero de 2010, momento para el cual la procesada ya no presidía el Juzgado 22 Civil Municipal de Bogotá.  En consecuencia, con relación a la petición del señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA, relacionada con la indebida identificación de los linderos de los predios ALTAMIRA y EL NARANJO, habiendo la juez advertido que era necesario un peritaje para definir tal controversia, no le era viable resolver la solicitud hasta que no se allegara la prueba por ella ordenada, hecho que, como se dijo, ocurrió cuando la acusada ya no era Juez 22 Civil Municipal de la ciudad.  En ese orden de ideas, innegablemente, la doctora MARZI PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ acató a cabalidad el fallo de tutela en lo que le era posible en su momento, al tiempo que tomó las medidas necesarias para resolver la petición presentada por el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA. Por lo tanto, se confirmará la sentencia en lo atinente a ese hecho.  **6.2.6 Del auto del 28 de enero de 2009**  Mediante la citada providencia, MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ negó la nulidad reclamada por MARÍA TERESA VARGAS PAZ, decisión que sustentó de la siguiente forma:  Ante las reclamaciones de que se había secuestrado otro predio diferente a ALTAMIRA, el Juzgado dispuso que el comisionado en diligencia que debía llevar a cabo en el mismo, determinara y verificara si efectivamente se incluyó LOS NARANJOS o solamente ALTAMIRA.  En la diligencia llevada a cabo por la señora Juez comisionada estuvo presente el Personero Municipal de PANDI y el señor ERNESTO GUTIERRREZ. Dentro de la misma quedó establecido por el Agente del Ministerio Público que el inmueble "el NARANJO, es bastante confuso en identificación y linderos, no ocurre lo mismo con el predio ALTAMIRA, cuyos linderos me permito transcribir a la diligencia..." Es decir, que este último inmueble se encuentra claramente determinado.  Del plano obrante a folio 219 INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTÍN CODAZZI, se verifica la ubicación del predio Altamira que se identifica con número catastral 52400010060062 y según el mismo tiene una forma longitudinal.  En conclusión, no se presenta la nulidad alegada por la demandada. Su se llegare a establecer que efectivamente se incluyó en la diligencia la totalidad o parte del lote LOS NARANJOS, obviamente el juzgado tendrá que tomar las medidas correctivas respectivas (sic) esta situación bien puede establecerse al resolver las peticiones que existes por parte del señor ERNESTO GUTIÉRREZ.    Así, lo primero que se advierte es que, contrario a lo afirmado por la Fiscalía, la decisión no se sustentó en el hecho de que el señor ERNESTO GUTIÉRREZ VARELA no fuera parte, sino que la juez valoró la diligencia de verificación de linderos efectuada el 20 de abril de 2007 por la Juez Promiscuo Municipal de Pandi y un plano del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, elementos a partir de los cuales concluyó que el bien ALTAMIRA se encontraba plenamente identificado.  Cierto es que la funcionaría que sucedió a la acusada, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, decretó la nulidad parcial de la diligencia de secuestro llevada a cabo el 10 de julio de 2002. Empero, tal providencia, a lo sumo indicaría que la decisión de la acusada fue desacertada, no que haya sido manifiestamente contraria a ley.  Por otro lado, como se ha reseñado en múltiples oportunidades, no existe certeza de que la juez haya tenido a la vista algún elemento probatorio indicativo de la tanta veces mencionada irregularidad en la diligencia de secuestro.  Además, importa destacar que, resuelta la nulidad por parte de aquélla, en auto del 12 de mayo de 2009, ordenó designar perito del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, con el propósito de verificar los linderos, cabida, localización exacta y demás especificaciones de los predios ALTAMIRA y EL NARANJO.    El dictamen fue incorporado al proceso ejecutivo el 16 de agosto de 2011, con fundamento en el cual la nueva funcionaría decretó la aludida nulidad parcial, de donde se sigue que no es cierto, como lo sostienen la Fiscalía y el representante de la víctima, que ambas funcionarías hayan tenido en su poder los mismos elementos probatorios.  En lo atinente a la inspección de los predios efectuada por DOMÉNICA MARCELA DEL CASTILLO TORO, ninguna relación guarda con el objeto de la acusación, pues lo que se debe determinar es la legalidad o no de la providencia que negó la nulidad, para lo cual únicamente deben tenerse en cuenta aquéllos medios probatorios con lo que la juez haya contado al momento de emitir su decisión.  Así, entonces, ni el auto del 28 de enero de 2009 fue manifiestamente ilegal ni se probó que la acusada haya contado con elementos probatorios que le permitieran evidenciar sin lugar a duda el secuestro equivocado sobre el predio EL NARANJO, hechos que desvirtúan la posible comisión del delito de prevaricato por acción.  En consecuencia, la decisión que se impone es la confirmación de la sentencia apelada.  Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,    **RESUELVE**  CONFIRMAR la sentencia apelada.  Contra esta decisión no procede recurso alguno.  Cópiese, notifíquese y cúmplase. |

* El 20 de febrero de 2015 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, decidió sobre el cumplimiento de la decisión proferida el 24 de septiembre de 2014 por la misma autoridad, en la que se decretó la nulidad de lo actuado dentro de la investigación adelantada contra la funcionaria MARZIA PATRICIA PEÑA HERNÁNDEZ, en calidad de Juez 22 Civil Municipal de Bogotá.

La Sala decidió decretar el archivo definitivo por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción en la Investigación disciplinaria adelantada[[14]](#footnote-14).

* La señora MARZIA PATRICIA PEÑA DE CELIS registra vinculación a la RAMA JUDIC IAL DEL PODER PUBLICO desde el 1 de junio de 1979 y ha desempeñado como Juez 001 Promiscua Municipal de Quipile en provisionalidad del 1 de junio de 1979 al 30 de noviembre de 1983, como Juez 022 Civil Municipal de Bogota D.C. en provisionalidad del 1 de diciembre de 1983 al 19 de octubre de 1999, como Juez 005 Civil del Circuito de Bogota D.C. en provisionalidad del 20 de octubre de 1999 al 31 de mayo de 2000, como Juez 022 Civil Municipal de Bogota D.C. en propiedad del 01 de junio de 2000 al 19 de octubre de 2009, como Juez 022 Civil del Circuito de Bogota D.C. en provisionalidad del 20 de octubre de 2009 al 19 de octubre de 2011, como Juez 022 Civil Municipal de Bogota D.C. en propiedad del 20 de octubre de 2011 al 31 de enero de 2012[[15]](#footnote-15).
* Con providencia del 25 de enero de 2012 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura confirma la sentencia apelada proferida el 29 de julio de 2011 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogota, mediante la cual sancionó a la doctora MARZIA PATRICIA PEÑA DE CELIS en su condición de Juez 22 Civil Municipal de Bogota por incurrir en la prohibición prevista en el numeral 1ª del artículo 153 de la ley 270 de 1996, al desconocer el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991 y le impuso sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de un mes[[16]](#footnote-16).
* En providencia del 18 de mayo de 2007 proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, confirmada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 30 de enero de 2008, se declaró como autora disciplinariamente responsable a la doctora MARZIA PATRICIA PEÑA DE CELLIS en su calidad de JUEZ 22 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA como infractora del artículo 196 de la ley 734 de 2002 por incurrir en el incumplimiento del deber previsto en el artículo 153, numeral 1 de la ley 270 de 1996 y en consecuencia sancionarla con multa de 11 días de salario[[17]](#footnote-17).

**2.3.2.** Entremos ahora a resolver el interrogante planteado:

**¿*Deben responder las demandadas FISCALÌA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL por los perjuicios causados a la demandante, por haber sido sindicada de los delitos de prevaricato por acción y omisión, en concurso homogéneo y sucesivo dentro del proceso penal No. 11001600009220100011801?***

Aduce la apoderada de la parte demandante que se evidencia un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en el apoyo probatorio en el cual se basó la Fiscalía en la acusación al punto de llevarla a la etapa de juzgamiento, pues fue a través de su investigadora que obtuvo pruebas que no habían sido legal y oportunamente allegadas al proceso ejecutivo, esto con el fin de justificar los extraños y abusivos actos en contra de su representada, lo que generó daños de toda índole a la parte demandante pues no solo solicitó al juez de garantías medida de aseguramiento contra la señora juez, la cual no fue efectiva, sino que solicitó el embargo del inmueble propiedad de ella, de su patrimonio que había obtenido durante todo el trabajo en la rama judicial.

Sea lo primero aclararle a la apoderada de la Fiscalía que si bien la entidad que representa está obligada a investigar todo hecho que se le ponga en conocimiento mediante una denuncia como lo señala en sus alegatos de conclusión, lo cierto es que si como resultado de dicha investigación el ente acusador llega a la conclusión **de que la conducta del servidor público no fue ilegal o abiertamente contraria a derecho**, debe solicitar la preclusión de la investigación y no continuar con un proceso penal del cual para ese momento ya se sabe que no constituye una conducta reprochable, dado que la prueba es meramente documental y ya se encuentra en el proceso.

Ahora, revisado el expediente observa el despacho que se encuentra plenamente demostrado el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en que incurrió la demandada FISCALIA GENERAL DE LA NACION, pues al entrar a analizar algunos de los cargos por ella endilgados a la señora MARZIA PATRICIA PEÑA HERNANDEZ se encontró que no había lugar a la imputación de los mismos, así:

Primero, pretender adicionar normas trasgredidas o hechos en los alegatos de clausura, los cuales no habían sido incluidos en el escrito de acusación y la audiencia de formulación de acusación.

Segundo, pretender efectuar análisis ex post en los cargos, esto es, sustentar los cargos en peticiones y actuaciones posteriores a la fecha de la providencia que contiene la decisión objeto de discusión, lo cual resulta contradictorio, pues en otros apartes refirió decisiones jurisprudenciales en las que claramente se señala que la valoración de la conducta en estos delitos debe realizarse ex ante.

Tercero, interpretaciones erróneas como la del artículo 516 del Código de Procedimiento Civil, pues no es cierto que la norma contemple como presupuesto necesario para ordenar el avalúo que el secuestro se haya consumado, sino que se refiere al embargo, pues alude a aquellos bienes cuyo embargo se perfecciona con el secuestro y en este evento, la situación es diferente, dado que se trata de un bien inmueble en el que el embargo se perfecciona con la inscripción en el registro de instrumentos públicos y no con el secuestro, como claramente lo establece el numeral 1 del artículo 681 de la ley adjetiva civil.

Cuarto, el llamamiento ex officio que contempla el artículo 58 del C.P.C era improcedente tal y como lo señaló en el auto del 27 de agosto de 2007.

Quinto, si bien es cierto no se ordenó mediante auto anexar el despacho comisorio contentivo de la diligencia de secuestro, sí se anexó materialmente la actuación por lo que quedó a disposición de las partes; además fue incluida en el juicio oral, cumpliendo con el principio de publicidad que es la finalidad que persigue el artículo 34, inciso segundo de la ley procesal civil.

Sexto, los artículos 174 y 187 del Código de procedimiento Civil imponen al funcionario judicial emitir las determinaciones con fundamento en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso; no obstante, las pruebas para ser valoradas deben de haber sido allegadas regular y oportunamente al proceso.

Séptimo, del análisis de esos documentos no se evidencia actuación contraria a derecho de la procesada, pues a efecto de determinar si eran ciertos los cuestionamientos relacionados con eventuales yerros en la diligencia de secuestro realizada por la Juez comisionada, ordenó su verificación.

De otra parte, se permitió que se continuara con el proceso penal hasta llegar a la etapa de juicio donde se estableció que el comportamiento del juez fue acorde con lo señalado en la ley, y aun así con sus falencias argumentativas y probatorias, la fiscalía insistió en apelar la decisión.

Así las cosas, observa el despacho que se encuentra demostrado el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por parte de la Fiscalía General de la Nación, no así de la Rama Judicial.

En cuanto al daño antijurídico, estudiados los elementos de prueba allegados al proceso, encuentra el despacho que el mismo no se encuentra demostrado, de una parte, porque las investigaciones penales constituyen una carga que las personas están en la obligación de soportar por el simple hecho de vivir en sociedad, más los servidores públicos quienes además tenemos que desempeñar con diligencia las tareas que tengamos asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico y el no hacerlo implica también una responsabilidad penal.

Y de otra, porque si bien es cierto se le embargó el inmueble a la señora MARZIA PEÑA, no se demostró que este hecho le haya causado algún daño pues no se probó que hubiera querido venderlo para la época en que estaba embargado, inclusive, al día de hoy todavía lo conserva.

En consecuencia, comoquiera que no se demostró el daño antijurídico las pretensiones deberán ser denegadas.

* 1. **CONDENA EN COSTAS:**

La condena en costas la adopta el juez teniendo en cuenta la conducta de la parte vencida en el proceso, pues no es una regla de aplicación forzosa y general.

El artículo 188 del CPACA no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso, dicha norma señala que se debe disponer sobre dicha condena solo en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso.

Analizado dicho aspecto, este despacho estima que en esta oportunidad **no hay lugar a imponer condena en costas**, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes Además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual "*Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"* situación que no se ha presentado en el caso estudiado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUÍTO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**PRIMERO: Declárense** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

**SEGUNDO: Niéguense** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** **Sin condena en costas**.

**CUARTO:** **Notifíquese** a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

MSGB

1. FOLIO 58 A 251 DEL C2 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 36 del c3 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 46 del c3 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 42 del c3 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 50 del c3 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 44 del c3 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 48 del c3. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 15 del c2. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 37-40 C2. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 60-194 C2. [↑](#footnote-ref-10)
11. Record 1:22:20 ss, ibídem. [↑](#footnote-ref-11)
12. Esta norma fue mencionada en la formulación de acusación. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 196 250 C2. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 43 a 55 del c2. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 123 del c1. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 124 a 143 del c1. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 144 a174 del c1. [↑](#footnote-ref-17)