

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta No. 447

Bogotá D. C., seis (6) de diciembre de dos mil doce (2012).

VISTOS

En esta oportunidad, bajo la ritualidad de la Ley 906 de 2004, la Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, contra la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, que negó la solicitud de preclusión de la investigación seguida contra el Juez de la Unidad Judicial Municipal de Guatavita y Sesquilé, doctor EDWIN OSWALDO SAAVEDRA NAJAR, elevada por la fiscalía delegada ante esa colegiatura.

HECHOS:

El 14 de enero de 2010, la Sociedad Construcciones Finanzas de Colombia Financiado S.A., promovió proceso ejecutivo con título hipotecario de menor cuantía contra Yolanda Sarmiento Carreño en la Unidad Judicial Municipal de Guatavita y Sesquilé, para obtener el pago del saldo del pagaré No. 10046 por valor de \$ 19.170.000.00, suscrito por ella como deudora.

Adelantado el trámite, proferido mandamiento de pago, impuesto el embargo del inmueble ubicado en la carrera 3 No. 8-09 del Municipio de Sesquilé, el 3 de mayo de 2010, se impartió decisión de fondo en la que se dispuso, entre otros aspectos, la venta en pública subasta del bien objeto de la cautelar, avaluado¹ en \$2.368.500.00.

En firme el avalúo y la liquidación del crédito presentada por el actor el juzgado en decisión de 9 de agosto del año que corría, señaló como fecha para remate el 29 de septiembre, el que al no poderse llevar a cabo reprogramó para el 26 de enero de 2011, con los mismos resultados².

Cuando el expediente se hallaba al despacho para fijar nueva fecha para diligencia de remate, el Juez EDWIN OSWALDO SAAVEDRA NAJAR se abstuvo de ello y en su lugar, el 10 de febrero de 2011, ordenó la práctica de un nuevo avalúo del bien embargado. Designó perito y gastos con tal fin por \$200.000.00., comportamiento que se consideró por los denunciante, en total desconocimiento de lo establecido en el artículo 516 del Código de Procedimiento Civil.

ANTECEDENTES PROCESALES

Radicado el 10 de agosto de 2011 el escrito de solicitud de preclusión³ por la causal de atipicidad del hecho investigado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca realizó la audiencia con tal fin, a la cual asistieron el apoderado de la víctima, el indiciado, su defensora y el Fiscal Delegado ante esa Corporación.

Para la vista pública el ente acusador modifica su pedimento, ahora lo hace por la causal tercera del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal referida a la inexistencia del hecho investigado, diferente a la pretensión inicial.

Expone que el supuesto de hecho descrito en el delito de prevaricato por acción no se

presenta, porque el indiciado en la actuación judicial reprochada hizo prevalecer el orden justo y equilibrado, la cual se encuentra respaldada en el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, que impone como uno de los deberes del juez, el equilibrio procesal, la equidad entre las partes y contrarrestar los actos contrarios a la lealtad de la justicia.

Para la Fiscalía, este postulado -lealtad de la justicia- se materializó al ser emitido el auto de 10 de febrero de 2011 que se denuncia como ilegal, donde se neutralizó un acto del demandante y ahora denunciante que considera contrario a la rectitud y buena fe, al presentar un avalúo del bien objeto de embargo, secuestro y posterior remate por un valor ostensiblemente inferior al comercial, al partir del catastral, cuando el desmedro económico era notorio, porque desde el año 2009 la casa había sido adquirida por el valor de \$16.500.000.00 y la misma demandante -Sociedad Financiado S.A.- le otorgó el préstamo que ahora reclama de manera ejecutiva con garantía hipotecaria por la suma \$19.170.000.00.

Precisa, que si bien el artículo 516 del Código de Procedimiento Civil al regular el tema de avalúo de bienes autoriza a la parte demandante a presentarlo y determinarlo conforme al valor del avalúo catastral aumentado en un 50%, también hace la salvedad, que en los casos en que quien lo aporte considere que aquél no es idóneo para establecer su precio real, deberá aportar un dictamen obtenido por cualquiera de las formas establecidas en el inciso segundo de la disposición, esto es, de especialistas en la materia o de un auxiliar de la justicia.

Como el demandante conocía con claridad la ineptitud del avalúo presentado por \$2.368.500.00., al desconocer el precio real del bien, es claro, que le imponía a éste conforme al numeral 1° del artículo 71, ibídem, proceder con lealtad y buena fe, exigible de todos sus actos y presentar un dictamen en las formas reseñadas.

Ello, porque conocía a partir de la escritura pública No. 343 de 2 de febrero de 2009

otorgada en la Notaría 21 del Círculo de Bogotá, que Yolanda Sarmiento Carreño, deudora y demandada le presentó para el trámite del préstamo, que lo había adquirido por el valor de \$16.500.000.00, documento soporte del estudio que la demandante tuvo a su mano, para otorgarle el crédito hipotecario por valor de \$19.170.000.00.

En cumplimiento del auto reprochado como prevaricador se obtuvo avalúo pericial del mismo bien, por valor de \$102'440.300.00 el cual muestra la inconsecuencia con el precio real del primero ofrecido por el demandante y obtenido a partir del avalúo catastral \$2'368.500.00, motivo por el cual se justificaba la necesidad de obtener otro como lo ordena el artículo 516 del C. de P. C.

Esta suficiencia le permitía entender que el valor del avalúo que presentó, desdecía del equilibrio y probidad, rectores de la actuación procesal.

Reitera, por tanto, que la actuación del juez se ajustó a la ley, porque los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil lo autorizaban para ordenar pruebas de oficio, más aún cuando debía atender los deberes y responsabilidades que los artículos 37 y 38, ídem, le imponen a los jueces civiles, conforme a los cuales debe hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, utilizando los poderes que el código le otorga, remediar y sancionar los actos contrarios a la lealtad, probidad, buena fe que se deben observar en el mismo y toda tentativa de fraude procesal y en los poderes de ordenación resolver en equidad. En apoyo trajo las decisiones de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 29 de noviembre de 2004, providencia 205, radicación 7880, y, de 26 de julio del mismo año, providencia 067, radicación 7273, que corresponde a actuaciones oficiosas, inspiradas en el deber del juez de aplicar justicia material; y la sentencia C-876 de 2005 de la Corte Constitucional en el mismo sentido.

Concluye, que el Juez de la Unidad Municipal Judicial de Guatavita y Sesquilé, actuó conforme a los deberes que la constitución y la ley le imponían, donde al revisar el

trámite procesal que se cuestiona no se halla decisión contraria a la ley como lo exige el artículo 413 del Código Penal para la estructuración del delito de prevaricato por acción, motivo por el cual insiste en la preclusión reclamada, sin que merezca reproche alguno su actuación, quien como director del proceso y en acogimiento del módulo dirigido por la escuela Judicial para jueces y magistrados bajo ese mismo nombre y escrito por Óscar Augusto Tejeiro Duque, la determinación debe atender a criterios de dirección judicial, de juzgamiento, técnica y material, última conforme a la cual la oficiosidad ofrece una amplia gama de situaciones en la búsqueda de la verdad, donde el legislador colombiano ha reconocido en amplia gama en el Código de Procedimiento Civil⁴ y en los cursos de formación de jueces, el Estado a través del Consejo Superior de la Judicatura se ha esforzado por crear la cultura del juez en la conciencia de la necesidad de decretar pruebas de oficio indispensables para alcanzar los fines del proceso.

LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de reseñar la actuación, precisar la oportunidad procesal para promover la preclusión, destacar los motivos expresados por la Fiscalía para solicitarla, destaca, que el problema a resolver radica en declarar si el hecho denunciado existió o no y por ende, se debe ordenar la preclusión de la actuación, motivado en la causal tercera - inexistencia del hecho investigado- del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

Consecuente con ello, hace un sucinto estudio de cómo opera el instituto de la preclusión en la sistemática acusatoria dispuesta por la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia de esta Corporación⁵ relacionada con la obligación constitucional y legal del juez de conocimiento de pronunciarse en esta clase de eventos, única y exclusivamente respecto de la causal de preclusión invocada.

Así, anuncia, que la Fiscalía no acreditó los motivos de la causal reclamada, porque es equivocado, como le sucede al actor, entender que el hecho no existió porque el indiciado actuó como director del proceso y en ejercicio de las facultades oficiosas para ordenar pruebas. Esta postura revela lo contrario de su pedimento, que el hecho si existió, circunstancia que haría corresponder eventualmente la alegación a una causal diferente.

Si el ente acusador admite que la conducta denunciada corresponde a la decisión de 10 de febrero de 2011, está aceptando que la investigación se orienta a un comportamiento y la causal tercera de preclusión hace referencia es a una situación fáctica, no a una jurídica.

Hace precisiones sobre la concepción naturalística del concepto “hecho”, la cual dice, se realiza en el postulado del derecho penal de acto, donde se refleja que sólo es de interés de persecución penal la “conducta humana” que quebranta los bienes jurídicos amparados en los tipos penales y ésta de forma activa o de omisión se verifica a través de hechos jurídicamente relevantes, los que a su vez posibilitan la intervención del derecho penal.

Afirma, que en este caso está probada la ocurrencia histórica de los hechos, los que para resultar de interés al derecho penal deben tener relevancia jurídica.

Destaca, que en la ley 599 de 2000 la denominación de conducta punible fue adoptada para adscribir el sistema represivo a un derecho penal de acto, como se corrobora en las actas de exposición de motivos del proyecto de ley y el vocablo hechos, tiene una connotación jurídica distinta y refiere a los ingredientes fácticos del tipo objetivo. En ese mismo sentido, el numeral 3° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 cuando alude a los hechos, lo hace con reflejo en el mundo exterior. La causal de preclusión no hace alusión a la inexistencia de la conducta punible, sino a la del hecho.

Bajo este marco, concluye, que del contexto de las argumentaciones de la Fiscalía se desprende su interés en pretender demostrar que los hechos no son jurídicamente relevantes para el derecho penal, pero ese postulado no se puede sostener bajo los parámetros de la causal tercera alegada, al resultar contradictoria frente a los soportes argumentativos del ente acusador, sin que sea viable acomodarlos a una causal diferente, porque como ya acotó en el marco jurídico y jurisprudencial de la providencia, este caso no se ajusta a los contenidos de la sentencia de 18 de mayo de 2011, radicación No. 35826 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Así, niega la solicitud de preclusión, fue notificada en estrados a las partes y en la misma audiencia el Fiscal interpuso y sustentó el recurso de apelación.

CONTENIDO DE LA IMPUGNACIÓN

El Fiscal Delegado ante el Tribunal reitera se debe disponer la preclusión solicitada porque en su sentir en este asunto se presenta la inexistencia del hecho investigado. Ello, porque en el proceso ejecutivo materia de investigación no se produjo una decisión manifiestamente contraria a la ley "... y eso es inexistencia del hecho.".

Explica, que al momento de elevar la petición materia de audiencia, lo hizo por la atipicidad de la conducta, pero recapituló al tener en cuenta un caso similar, el que fue objeto de estudio de esta Corporación⁶.

Dice que así, optó por la nueva alternativa y reitera, que dentro del trámite del proceso ejecutivo motivo de denuncia, el hecho no existió porque no hay una decisión manifiestamente contraria a la ley, tampoco al ordenamiento jurídico, tomado éste, como el conjunto de disposiciones, la [Constitución Política](#) y la primacía del derecho sustancial que le imponen al juez ser el director del proceso, argumentos que considera

suficientes y sustanciosos, para que se revoque la decisión impartida por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

LOS NO RECURRENTES

-. El apoderado de la víctima en oposición al contenido de la impugnación, refiere, que desde el momento del desarrollo de la audiencia de sustentación se sorprendió y resistió a los argumentos de la Fiscalía según los cuales, a pesar de la existencia del hecho contenido en la decisión del Juez de la Unidad Judicial de Sesquilé por medio de la cual se ordena de manera oficiosa y extemporánea un nuevo avalúo, sostenga que éste no ocurrió.

Fenomenológicamente es un hecho que encausa una actuación judicial, el cual se debe determinar dentro de este trámite si es contrario o no a la ley; y la causal de atipicidad de la conducta es la que impone un análisis sobre la configuración de los requisitos legalmente exigidos para la consumación del delito por razones esencialmente jurídicas.

Cuando el fiscal sostiene que la decisión del indiciado no es manifiestamente contraria a ley, el análisis debe partir de aspectos jurídicos, no, del punto de vista fáctico.

Si ese era su deseo debió solicitar la preclusión pero por la causal de atipicidad de la conducta, porque ese es un elemento objetivo de la tipicidad del delito de prevaricato por acción.

Con base en la línea jurisprudencial anunciada en la providencia recurrida, le está impedido al Tribunal pronunciarse frente a una causal diferente de la alegada, motivo por el cual solicita se confirme la decisión recurrida.

-. De otra parte, la defensa e indiciado coadyuvan los argumentos de la Fiscalía para reclamar la preclusión. El segundo, adiciona, que la decisión del Tribunal es formalista al

dejar de lado los argumentos fácticos y jurídicos expuestos por el representante del ente acusador y que también guardó silencio sobre la atipicidad del hecho investigado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala es competente para conocer este asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º -de los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los Tribunales Superiores- del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de un auto proferido en primera instancia por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

La controversia sometida al estudio y decisión radica en determinar si dentro del asunto que concita la atención de esta Corporación los hechos denunciados y que constituyen la razón de ser de la indagación penal no existieron y por ende, nos hallamos frente a la causal descrita en el numeral 3º -inexistencia del hecho investigado- del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, para decretar la preclusión del trámite.

De manera previa se debe destacar, que el Fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Cundinamarca, radicó el escrito de solicitud de preclusión a partir de la causal contenida en el numeral 4º -atipicidad de hecho investigado-; sin embargo, al momento de la audiencia de sustentación varió su pedimento para ahora hacerlo por la descrita en el numeral 3º -inexistencia del hecho investigado-, donde el eje basilar de su argumentación no se apartó de sostener, que con ocasión a la decisión por la cual se le reprocha al Juez de la Unidad Judicial Municipal de Guatavita y Sesquilé la comisión del delito de prevaricato por acción, por el hecho de haber ordenado pruebas de oficio para obtener un nuevo avalúo comercial de un bien que se encontraba para fijar nueva fecha para la realización del remate en pública subasta, no constituye una resolución manifiestamente contraria a la ley.

Como lo destacó el Tribunal en la decisión recurrida, encuentra la Corte razón, en que la

contradicción del discurso del fiscal sobre los motivos del pedimento que eleva es ostensible.

Y no puede ser menos. Es un inaceptable lógico que riñe con el principio de identidad, conforme al cual A es A, afirmar bajo la misma senda conceptual que el indiciado profirió el auto de 10 de febrero de 2011 y en el mismo momento, que ese hecho, el de expedir el acto procesal, no existió.

En el devenir histórico procesal, es incuestionable la ocurrencia material de la conducta objeto de denuncia realizada por EDWIN OSWALDO SAAVEDRA NAJAR.

Es que en el mundo físico se profirió una decisión judicial por medio de la cual se ordenó oficiosamente la práctica de una prueba, contenida en el auto de 10 de febrero de 2011, aportado por la misma fiscalía y que obra al folio 39 del cuaderno de medidas cautelares del proceso ejecutivo hipotecario No. 0008-2010 promovido en la Unidad Judicial Municipal de Guatavita y Sesquilé, en el que se plasmó:

“UNIDAD JUDICIAL MUNICIPAL DE GUATAVITA Y SESQUILÉ

Guatavita, febrero diez (10) de dos mil once (2011).

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la fijación de nueva fecha para remate.

El artículo 516 del C.P.C., señala que practicado el embargo y secuestro y en firme a sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución, se procederá al avalúo de los bienes conforme a las reglas que trae el mentado artículo.

En criterio de esta Unidad Judicial el avalúo presentado por la parte actora Construcciones y Finanzas y que obra al folio 16 del C2, y aprobado como milita en el folio 20 del mismo cuaderno no se ajusta al valor real y comercial con miras a satisfacer el

crédito cobrado.

Por tanto la Unidad Judicial señala y estima que por medio de entidades profesionales en materia o con un perito evaluador de la lista oficial de auxiliares de la justicia según el inciso 2 del artículo 516 del C.P.C., es viable proceder al avalúo, toda vez que es de conocimiento público que el valor catastral de un bien dista considerablemente del comercial o real, todo por cuanto el primero lo fija el Gobierno para efectos de recaudo tributario y el segundo de ellos resulta del ejercicio del comercio, oferta y demanda, tratándose como variables: ubicación, el desarrollo del sector, el precio del metros cuadrado, el estrato, las vías de acceso y principales entre otras, y por esta razón casi nunca los dos coinciden.

Así las cosas y en ejercicio del artículo 37 y 38 numeral 1 del C.P.C. debe brillar la equidad para el avalúo sobre el bien inmueble que se pretende someter a subasta pública porque la experiencia ha demostrado que bienes ubicados en el mismo sector, lugar o urbanización, unos se rematan por mayor valor y otros por menos, consecuencia directa de los estimativos que traza el avalúo catastral.

El remate de un bien implica disminución en el avalúo porque la primera postura se hace por el por el (sic) setenta por ciento (70%) y por tanto depreciar el bien con el avalúo catastral y aún más restándole un treinta por ciento (30%) de la base hace que sea injusto el diminuyente del bien objeto del remate el cual no está ajustado a un valor real.

Es precisamente el demandante quien puede aportar un dictamen cuando no considere idóneo el catastral según el inciso 5 del artículo 516 del C.P.C. y si ello es así con mayor razón lo puede ordenar el juzgador quien es el garante de los derechos fundamentales y el equilibrio procesal, sumado a que la función judicial debe estar dirigida a la verdad material frente a los intereses de las partes.

Es obligación de esta sede judicial velar por el equilibrio de las partes dentro del proceso, para garantizar la vigencia del orden justo que pregonan el artículo 2 de la [Constitución Política](#), el cual se encuentra a tono con el derecho fundamental a la igualdad.

En tal sentido y aclarando que esta medida beneficia a ambas partes porque a mayor avalúo mayor será el precio del remate, se ordena por parte de este despacho designar como perito evaluador al arquitecto MIGUEL ÁNGEL FORERO de la lista de auxiliares de la justicia para que evalúe el bien que se encuentra embargado y secuestrado, comunicándole su designación. Se señalan como gastos del peritaje la suma de doscientos mil pesos (\$200.000) los cuales serán cancelados por la parte actora y tenidos en cuenta como costas. Acredítese su pago.

Finalmente y obtenido el avalúo de la forma señalada el despacho hará un paralelo con el catastral para definir cuál de los dos conviene en mayor grado al ejecutado y así convocar a subasta pública.

NOTIFÍQUESE

EDWIN O. SAAVEDRA NAJAR

Juez.”

La causal reclamada por la Fiscalía -inexistencia del hecho investigado-, se configura cuando, a partir de la evidencia física o elementos probatorios o la información legalmente recogida y aportados al expediente, se obtiene certeza que el suceso material investigado no aconteció; no ha ocurrido.

En el asunto que se revisa y muy por el contrario a lo expresado por el fiscal delegado, el hecho investigado se constató, fue una manifestación material, concreta y perceptible por los sentidos, el cual trascendió al entorno objetivo, al punto que

produjo efectos jurídicos reales que llevaron a la designación de un auxiliar de la justicia, el que posesionado emitió un peritaje, reflejo fenoménico que constituye la base de la queja sometida a investigación y estudio.

Como acertadamente lo concluyó el Tribunal, en el caso bajo examen se descarta su configuración, se reitera, porque en el mundo físico acaeció la producción y expedición del acto procesal por medio del cual el indiciado en su condición de juez de la Unidad Judicial Municipal de Guatavita y Sesquilé ordenó de manera oficiosa la práctica de una prueba, donde el ejercicio de esa facultad, es la que se cuestiona, se dice por el quejoso que riñe con el ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, SAAVEDRA NAJAR fue el autor de la orden judicial y realizó la conducta.

Un disímil válido y razonable también lo es, que ese comportamiento no sea del interés del derecho penal, por no encontrar adecuación a las descripciones que como supuestos de hechos el legislador ha descrito en las diferentes tipologías como delito, específicamente el contenido en el artículo 413 del Código Penal bajo la denominación jurídica de prevaricato por acción.

Esta es una postura diametralmente opuesta –atipicidad de la conducta– como causal de preclusión a la planteada en la audiencia por el fiscal delegado, porque supone la ocurrencia del hecho, y a la que conforme al contenido detallado de sus alegaciones es que en el entendido de la Corte se orientó su alegación, cuando sostuvo que con el auto de ordenación de práctica de pruebas oficiosas, el indiciado no emitió una decisión manifiestamente contraria a la ley, la constitución y al orden jurídico, porque lo hizo en ejercicio del rol del juez director del proceso que busca regular los asuntos puestos a su conocimiento con observancia de la igualdad de las partes, la equidad de las decisiones y conjurando las faltas de lealtad, probidad, buena fe, incluso los fraudes de los intervinientes en el desarrollo del trámite, a partir de los deberes, poderes y responsabilidad

que le imponen a los jueces civiles, las disposiciones contenidas en los artículos 37, 38, 179, 180, 181 y s.s. del Código de Procedimiento Civil, filosofía que orienta las nuevas tendencias de la sistemática en que se entiende el proceso como un mecanismo de realización del derecho material.

Desde esta perspectiva se debería confirmar la decisión recurrida de negar la preclusión reclamada al adolecer de demostración la causal propuesta -inexistencia del hecho investigado- y en atención a la jurisprudencia de la Corte citada por el Tribunal para negar la preclusión solicitada, conforme a la cual y a partir de la causal de preclusión propuesta por el interviniente, los jueces no pueden entrar a hacer juicios de valor sobre otras que se han planteado, porque en tales casos se estaría desbordando la actividad judicial al entrar a resolver cuestiones no puestas de presente.

Sin embargo y dado el contexto en que se produjo la petición y sustentación, donde inicialmente se reclamó en el escrito de solicitud de preclusión por la causal de atipicidad de la conducta; luego, en la audiencia se expresó por el fiscal el motivo de inexistencia del hecho; y su argumentación en la vista pública se soportó en que la conducta de EDWIN OSWALDO SAAVEDRA NAJAR al proferir el pluricitado auto de 10 de febrero de 2011 no estructura el elemento del tipo que describe el prevaricato por acción consistente en que tal resolución no es manifiestamente contraria a la ley, permite razonar, que el delegado del ente acusador presentó unos elementos de juicio concretos para estructurar una causal -atipicidad- que imposibilita proseguir el trámite en los entendidos del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, que asimismo resulta viable someter a estudio.

Esta última orientación modera la doctrina de esta Corporación a la que se refirió el Tribunal Superior de Cundinamarca para negar la preclusión y omitir pronunciarse de fondo respecto de la temática que efectivamente le fue presentada, pues la tendencia actual se dirige a que no sólo con relación a la causal alegada se puede decretar la preclusión, sino que también es válido hacerlo por otra, cuando sus componentes

estructurales y los soportes materiales probatorios y evidencia física así lo determinen, es decir, que en la audiencia se haya puesto de conocimiento de los jueces, los motivos que la estructura.

En efecto, en materias similares a los que concitan la atención de la Sala, la Corte también ha dicho:

Una adecuada lectura de lo expresado arriba permite colegir, a diferencia de lo que entendió erradamente el Tribunal, que si la Fiscalía ha presentado elementos de juicio concretos y argumenta razonadamente acerca de la existencia de una causal que impide continuar con el trámite, dentro de la órbita del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, la pretensión no puede ser desechada o respondida negativamente sólo porque el funcionario se equivocó en la postulación de la causal, pues, sólo basta con que se verifique si esos hechos, las pruebas que los respaldan y el argumento jurídico, se corresponden o no con alguna de las varias causales consagradas en la norma.

Cosa diferente es que una vez desestimados esos hechos, pruebas y argumentos jurídicos en frente de alguna de las causales, el encargado de decidir acuda a otros y con ellos soporte la decisión de preclusión, pues, allí sí estaría desplazando a la parte y vulnerando ostensiblemente el principio de imparcialidad.”⁷

Y de manera reciente se reiteró⁸, que en los eventos en los que el representante del ente acusador invoque como fundamento de la solicitud de preclusión de la investigación una causal y su argumentación en realidad corresponde a otra diferente, como ocurre en el presente caso, la Sala debe inclinarse por resolverla conforme a la sustentación otorgada, a efectos de hacer efectivo el derecho sustancial de las partes e intervinientes a obtener decisión en torno a la controversia planteada.

Se agregó, que una circunstancia de tal particularidad no comporta el pronunciamiento respecto de causal diversa a la trazada, porque el peticionario materialmente ajustó sus

razones a la que corresponde y solamente por una imprecisión conceptual erró al mencionar el motivo por el cual impetraba la preclusión.

Por tanto, resultaba inexcusable entrar a mirar la exposición del interviniente, ello en procura también del principio de economía procesal, al evitar desgastes innecesarios al devolver la actuación sin realmente desatar la alzada. Lo contrario sería cumplir con la simple formalidad⁹ de regresar el expediente, para de considerarlo viable la Fiscalía vuelva a presentar el caso con los mismos argumentos pero superando la insustancialidad de escoger la mención de otra causal.

Por tanto la Corte, por tratarse de un tema inescindiblemente vinculado con el de objeto de apelación se pronunciará al respecto.

En el caso concreto, como con antelación se expuso, es claro que el fiscal delegado al proponer la inexistencia del hecho investigado presentó intelectivamente una postura diferente -atipicidad de la conducta-, como causal de preclusión, porque supone la ocurrencia del hecho, pero conforme al contenido detallado de sus alegaciones y en la comprensión de la Sala dirigió la alegación, en demostrar que con el auto de ordenación de práctica de pruebas oficiosas, el indiciado no emitió una decisión manifiestamente contraria a la ley, la constitución y al orden jurídico, lo cual sin duda refleja, el planteamiento sobre atipicidad del comportamiento denunciado.

Sobre este componente del hecho punible -el cual debe ser típico, antijurídico y culpable-, la Corte ha precisado¹⁰ que, la conducta se debe adecuar a las exigencias materiales definidas en la correspondiente disposición de la parte especial del estatuto punitivo -tipo objetivo-.

Del mismo modo, que éstas, conforme a la dogmática jurídico penal corresponden a: i) sujeto activo, ii) acción, iii) resultado, iv) causalidad, v) medios, vi) modalidades del comportamiento, y vii) satisfacer la especie de conducta -dolo, culpa o preterintención-

establecida por el legislador en cada norma especial -tipo subjetivo-.

Las últimas, bajo la comprensión del artículo 21 del Código Penal, según el cual, los supuestos de hecho descritos en la parte especial corresponden a actuaciones dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de culposos o preterintencionales.

De otra parte y con relación con el delito de prevaricato por acción, esta Corporación ha precisado¹¹ que para su materialización se requiere contar con una resolución, dictamen o concepto ostensiblemente contrario a la legislación, es decir, que su contenido torna notorio, sin mayor dificultad, la ausencia de fundamento fáctico y jurídico, y su contradicción con la normatividad, rompiendo abruptamente la sujeción que en virtud del “imperio de la ley” del artículo 230 de la Carta Política deben los funcionarios judiciales al texto de la misma.

De este modo y enfocado el estudio desde la óptica de la causal de atipicidad de la conducta, encuentra la Sala que el reproche jurídico penal dirigido contra el indiciado se circunscribe a recriminar el haber ejercido la facultad oficiosa para ordenar la prueba pericial de avalúo de un bien, cuando ésta procesalmente ya había sido practicada y aprobada.

Por tanto, ahora se debe verificar si esa determinación fue groseramente alejada de la legalidad o por el contrario y como lo reclama la Fiscalía, está acorde con el régimen jurídico vigente.

Tiene establecido la Corte¹², que cuando a un servidor judicial se le imputa el delito de prevaricato por acción a partir de discutir la interpretación que le otorgó a un precepto, el tipo objetivo encuentra su realización solamente si existe un evidente alejamiento entre la

decisión adoptada y las disposiciones jurídicas llamadas a regular el asunto sometido a su conocimiento.

Sobre la adecuada interpretación de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que consagran las facultades oficiosas del juez civil para la ordenación de pruebas, específicamente los artículos 37, 38, 179, 180 y 181, dos primeros en los que basó el indiciado la decisión controvertida y que ahora, junto con los restantes son los argumentos de la solicitud de preclusión elevada por el fiscal delegado, la Sala de Casación Civil de esta Corporación con criterio de autoridad, en forma reiterada y pacífica ha dicho lo siguiente¹³:

“3. La determinación del alcance y límites del poder-deber de decretar pruebas de oficio que corresponde al juez, a la luz del sistema procesal vigente, que como se sabe, toma elementos tanto del sistema inquisitivo como del dispositivo, así como sus repercusiones en el ámbito del recurso de casación, han sido aspectos abordados desde antaño por la Corte.

Así, desde su sentencia del 12 de febrero de 1977, tiene sentado la Corporación que a la luz del orden jurídico actual, el proceso no es un escenario donde se ventilen exclusivamente intereses particulares, como quiera que él apunta asimismo a la satisfacción del interés público del Estado en la cabal realización del derecho material, de ahí que la concepción privatista del juez espectador haya quedado atrás, para dar paso a la del juez director del proceso, dotado de amplios poderes de verificación oficiosa en ejercicio de los cuales le corresponde esclarecer, con la mayor exactitud posible, la verdad histórica de la cuestión fáctica en disputa, a tono con la cual pueda el litigio recibir una solución justa, atribución que al estar guiada por un interés público, “... de abolengo superior, cual es la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado moderno”, no está sujeta a las restricciones impuestas a las partes, ni condicionada a los medios que por ellas se propongan para la comprobación del sustrato fáctico del

litigio, y en cuya virtud "...es deber y también derecho de dicha autoridad el realizar las investigaciones que estime convenientes sin que quede restringida su iniciativa al empleo de tales medios, habida consideración que la ley, con algunas justificadas cortapisas, le otorga los poderes suficientes para utilizar, en procura de formar su conciencia y adquirir el grado de convicción necesario, otros instrumentos de verificación distintos o complementarios que surjan de las alegaciones formuladas, de la conexión interna entre las varias fases del proceso o de la lógica misma de la controversia jurídica planteada (Cas. Civ. del 4 de marzo de 1988).

Y en punto a las implicaciones que en el ámbito del recurso tiene el apuntado deber de verificación oficiosa, tiene igualmente decantado que el camino de la impugnación resulta expedito cuando su ejercicio es impuesto por la ley, o cuando por circunstancias particulares, objetivamente verificables y ajenas a conductas torticeras de los litigantes, el decreto oficioso de pruebas se torna imperioso para alcanzar la realidad histórica de los hechos en disputa, y evitar el pronunciamiento de una decisión inicua, es decir, en aquellos eventos en los que, como explicó la Corporación en el antecedente atrás citado, "... lejos de mediar razón atendible alguna que lleve a estimar que es inoficioso o imposible desde el punto de vista legal, un proceder de tal naturaleza, omitido por el juez o tribunal, se muestra a las claras como factor necesario para evitar una decisión jurisdiccional absurda, imposible de conciliar con dictados elementales de justicia. Esto significa, entonces, que por fuera de esta reducida moldura y para los fines propios del recurso en cuestión, ante situaciones que no tengan la entidad apuntada no puede configurarse yerro probatorio de derecho porque, en opinión del censor, era factible alguna forma de pesquisa oficiosa adicional conveniente a sus intereses o, también según el pensamiento del recurrente, porque sin fundamento se dispuso esa indagación complementaria".

4. El recurrente, como ya se mencionó, le reprocha al fallador sustraerse al deber de verificación impuesto por los artículos 37 -4, 179 y 180 del Código de Procedimiento

Civil, cuando omitió ordenar la incorporación oficiosa de las pruebas que acreditan la condición de hermano carnal de Manuel Abraham Castañeda García frente al causante, pruebas que no obstante obrar en los autos no podían ser apreciadas para el fin indicado, por no haber sido oportunamente aducidas, conducta que a su juicio lo llevó a violar, de rebote, las normas sustanciales que enuncia el cargo, particularmente el artículo 1047 del Código Civil, que le otorga el derecho a recoger doble porción de la que corresponde a los hermanos de simple conjunción, o de padre o madre.

5. Examinados los planteamientos de la censura a la luz de la doctrina sentada por la Corporación sobre el tema que se propone, sin dificultad se devela la fundabilidad del ataque, pues como se verá, las especiales circunstancias que exhibe el caso, tornaban inexcusable el empleo de los poderes que en materia probatoria asisten al fallador, para ajustar el pronunciamiento decisorio del proceso a la verdad real de los hechos y evitar el pronunciamiento de una solución que por discrepar abiertamente con aquella, además de reñir con los dictados de ley, resultaba abiertamente injusta.

(...)

Frente a tal estado de cosas, no se remite a duda que para evitar el pronunciamiento de un fallo a todas luces contrario a los principios de justicia y legalidad, se tornaba imperioso para el fallador emplear los poderes de los cuales está investido en la materia indicada, para tornar expedita la apreciación de las referidas pruebas y dejar por establecido, en la forma debida, el real parentesco del recurrente con el causante, con el fin de acoplar el trabajo partitivo con su asignación legal.

Empero, como se sustrajo a tal deber, terminó aprobando una partición que por no liquidar la masa herencial de acuerdo al derecho real y sustancial de cada uno de los herederos, ni entregarle lo realmente debido a cada uno de ellos, de acuerdo con su asignación legal, no se conforma con el derecho, pues se reitera, si en el tercer orden

sucesoral dicha asignación es doble para el hermano carnal, éste es el derecho que adquirió Manuel Abraham Castañeda García con la delación que se le hizo al momento de la muerte del causante, y por tanto ese es el derecho que en tal acto se le debe reconocer, so pena de contrariar el ordenamiento legal.

Agrégase que su ejercicio no estaba entrabado por la falta de impugnación de la providencia que resolvió objeciones ajenas al tema que aquí se discute, pues esa circunstancia, en rigor, no privaba al recurrente del derecho de objetar el trabajo partitivo rehecho por decreto oficioso, por razones diversas de aquéllas, resolución cuya ejecutoria no excluía, en todo caso, el deber insoslayable del ad-quem de adoptar las medidas necesarias para acercar la verdad procesal a la real y asegurar de ese modo que la solución del litigio estuviese a tono con esa realidad y con los principios a los que se ha hecho alusión.

Así las cosas, como el desacierto del fallador en el punto, lo condujo a inaplicar el artículo 1047 del Código Civil, norma que otorga al hermano carnal el derecho desconocido en la partición, se impone la casación del fallo. No obstante, antes de resolver lo pertinente y haciendo uso de las facultades atribuidas por los artículos 179, 180 y 375 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, se decretará por la Corte la prueba que enseguida se indicará.”

Sentencia de casación de 26 de julio de 2004, radicación No. 7273:

“3. Delimitados así los extremos dentro de los cuales se plantea el ataque extraordinario, es de verse que resultaría francamente imposible identificar la infinidad de ocasiones en que la Sala, de manera uniforme, ha subrayado la importancia del poder – deber de los jueces y magistrados de adoptar todas y cada una de las medidas probatorias a su alcance, en orden a aproximarse de manera fiel y exacta a los hechos que se someten a su consideración.

Es así como, de vieja data, recién entrado en vigencia el Código de Procedimiento Civil, ya la Corte desde 1974 se vio obligada a reclamarles expresa y enérgicamente “el cumplimiento de los deberes que les imponen las leyes de procedimiento, relativamente a la debida y eficaz producción de las pruebas ... y a exhortarlos con vehemencia para que ejerzan, con segura autoridad, la importante facultad de decretar, siempre que ello sea menester, pruebas de oficio para que se alcance la realización del derecho material debatido”, a lo que adicionó, en ese mismo momento, cómo “no es posible que frente a la radical reforma que contienen las nuevas leyes de enjuiciamiento civil, continúe la inveterada práctica de nuestros jueces”, para terminar diciendo que “ante los imperativos del nuevo Código de Procedimiento, es necesario desterrarla para que el juez, conservando la imparcialidad que debe guardar frente a las partes, tome partido a favor de la justicia, interviniendo decisivamente en la búsqueda de la verdad, para que sus fallos se funden en la realidad, en la verdad histórica y no, como antes, en una simple verdad formal” (G.J. t. CXLVIII, pag. 7).

Como en esa ocasión lo hiciera la Corporación, al expresar su “exhortación para que los jueces y magistrados, con firmeza y buen tino, hagan uso de la facultad que les otorga el artículo 180 ... ” del Código de Procedimiento Civil, entre otros más, ahora la Corte se encuentra precisada a renovar de los mismos juzgadores tal llamamiento, en orden a que con entereza y sin vacilación procedan a buscar la verdad real, y no su apariencia, mayormente cuando la tendencia de la legislación actual, acorde con las orientaciones y requerimientos modernos, pregonar por la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, de la cual es ejemplo el artículo 16 de la ley 446 de 1998, que reclama de los sentenciadores el deber de atender, cuando se trate de valorar los daños causados a las personas o a las cosas, los principios de reparación integral, equidad y los criterios técnicos actuariales. (en similar dirección, sentencias de 12 de febrero de 1977, G.J. t. CLV, pag. 34; 26 de octubre de 1988, G.J. t. CXCII,

pag. 229; 24 de noviembre de 1999, G.J. t. CCLXI, pag. 1112 y 10 de diciembre de 1999, G.J. t. CCLXI, pag. 1450)

Precisamente, en lo que toca con el error de derecho que irrumpe en ciertos eventos en que se desatienden las normas de disciplina que imponen el decreto oficioso de medios demostrativos, la doctrina jurisprudencial de la Corte ha perfilado los parámetros básicos y necesarios tendientes a comprobar su ocurrencia (sentencias de 12 de septiembre de 1994, G.J. t. CCXXXI, pag. 481; 4 de marzo de 1998, G.J. t. CCLII, pag. 383; 11 de noviembre de 1999, G.J. t. CCLXI, pag. 981; 14 de julio de 2000, exp. 5351, no publicada aún oficialmente; 16 de agosto de 2000, exp. 5370, no publicada aún oficialmente; 7 de noviembre de 2000, exp. 5606, no publicada aún oficialmente y 30 de enero de 2001, exp. 5507, no publicada aún oficialmente), como pasarán a explicarse resumidamente.

(...)

En las condiciones precedentes es que se mantiene un adecuado equilibrio e interacción entre los principios dispositivo e inquisitivo. Por ende, “la mixtura del sistema procesal civil colombiano determina que el juez emplee sus poderes, dirija el proceso, busque la verdad y se acerque a lo justo, y en fin, no incurra en esa actitud pasiva de la que tanto se ha dolido la Corte ... Pero también corresponde a las partes invocar y probar los hechos que consideran apropiados al reconocimiento del derecho que persiguen, porque no debe perderse de vista que a pesar de otorgarle el Estado una importancia abstracta a las resultas del debate que las partes le han planteado, en consideración al fin suyo de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2º de la [Constitución Política](#)), no es menos cierto que esas partes, primeramente, son las más interesadas en la sentencia, como que ésta define sus pretensiones o excepciones” (G.J. t. CCLXI, pag. 981).” (destacado por la Sala)

Y de manera reciente en sentencia de 27 de agosto de 2012. Radicación No. 11001310304220060071201, se ratificó lo siguiente:

“2.1.1. Las épocas en que el funcionario judicial desempeñaba un papel netamente pasivo, convidado de piedra, enseña la historia, en torno a la dinámica de las controversias que llegaban a su conocimiento, sin duda, quedaron en el pasado. El rol que hoy le compete desempeñar concierne, en esencia, con la búsqueda de la verdad y, por ahí mismo, se le demanda una actitud proactiva que la materializa, en sumo grado, a través del decreto oficioso de pruebas y, entre otros eventos, para el caso como el de la condena en concreto. No obstante esa perspectiva, no deviene como una obligación del juzgador sino, más bien, como director de la controversia y depositario de la misión de averiguar la realidad que coliga a las partes, refulge como una facultad-deber en procura de aprehender antes que una certeza procesal, un estado de cosas que consulte los altos designios de la administración de justicia. Empero, tales propósitos no pueden considerarse irrestrictos o concebirse en términos absolutos, pues el equilibrio procesal que orienta o gobierna el desarrollo de todo litigio, impone, igualmente, respetar las cargas probatorias procesales que la normatividad vigente ha reservado para cada uno de los sujetos que intervienen en esa relación procesal.

En los siguientes términos ha ilustrado el punto la Corte:

“Dispone el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil que ‘las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes’. A su vez el 180, preceptúa que podrán ordenarse ‘en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar’.

“Según lo tiene definido la jurisprudencia de la Sala, el ejercicio de prerrogativa judicial está ampliamente respaldado en los dos preceptos acabados de mencionar, precisando sobre el particular que los mismos le confieren al juzgador la facultad-deber de disponerlas cuando las consideren indispensables para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”.

“Sobre el particular en sentencia de 12 de diciembre de 1994, expediente 4293, señaló: ‘la atribución que la ley otorga al juez o magistrado para decretar pruebas de oficio cuando quiera que `las considera útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes’ (CPC, art. 179) si bien, por el interés público del proceso, no constituye una facultad sino un deber para tales funcionarios establecido para garantizar la búsqueda de la verdad real que no aparece en el expediente (sent. 444 oct. 26/88); no es menos cierto que sólo le corresponde al mencionado funcionario juzgador, juez o magistrado, determinar previamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuáles son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados con éstas, así como cuáles de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles estima o considera útiles para tal efecto. De allí que si bien no se trata de una mera discrecionalidad del juzgador de la atribución para decretar o no decretar de oficio una prueba, sino de un deber edificado sobre el juicio y conclusión razonable del juzgador, no es menos cierto que sólo a él le compete hacer dicho análisis y adoptar la decisión que estime pertinente de decretar o no la prueba de oficio, pues le basta decretarlas sin recurso alguno (CPC, art. 179, inc. 2º) o simplemente abstenerse de hacerlo (pues sólo depende de su iniciativa). Por ello resulta explicable que no se incurra en error de derecho cuando el juez, en uso de sus atribuciones, se abstiene de decretar pruebas de oficio y, por consiguiente, no procede a darle valoración a prueba inexistente o a prueba irregularmente presentada o incorporada al proceso. (....) Porque en tal evento las circunstancias objetivas, ajenas a toda negligencia o argucia de las partes, ponen de manifiesto ante el juez o magistrado la siguiente alternativa: la

una, consistente en adoptar decisión que, con prescindencia de la prueba irregularmente aportada, resultaría abiertamente contraria a la realidad que, de acuerdo con el hecho sobreviniente, muestra la pretensión al momento del fallo; y la otra, la de optar, previo decreto de oficio de la prueba con la correspondiente contradicción, por una decisión que puede resultar más ajustada a la nueva realidad probatoria de los hechos en que se funda la pretensión inicial. (...)’ (sentencia de casación de 5 de mayo de 2000, expediente 5165)” -hace notar la Sala-.

“Es incuestionable que uno de los avances más importantes que ha tenido el derecho procesal ha sido el de darle al juez o magistrado que tiene a su cargo el trámite de determinada controversia judicial la potestad de decretar pruebas de oficio, no obstante que se requiera la iniciativa de la parte con la presentación de la respectiva demanda para darle inicio. El proceso en estas circunstancias, si bien conserva su naturaleza dispositiva, morigera su estructura a través de la prerrogativa que se le concede al funcionario con el fin de acudir en la búsqueda de la llamada verdad real, con la cual pasa de simple espectador del debate entre los litigantes a convertirse en el director del mismo con plenos poderes, aunque respetando, como es obvio, las reglas aplicables fijadas por el legislador”.

“Ya quedó visto que no sólo es una facultad que tiene el juez sino que también es un deber, mucho más si se tiene en cuenta que hay algunos casos en que es obligatorio ordenarlas y practicarlas, como por ejemplo la genética en los procesos de filiación o impugnación; la inspección judicial en los de declaración de pertenencia; el dictamen pericial en los divisorios; las indispensables para condenar en concreto por frutos, intereses, mejoras o perjuicios, etc. De análogo modo para impedir el proferimiento de fallos inhibitorios y para evitar nulidades”.

(....)

“La orden de pruebas de oficio goza de cierta discrecionalidad por parte del funcionario judicial a cuyo cargo se encuentra sometido el estudio del litigio, motivo por el cual el hecho comprobado de que no se haga uso de dicha prerrogativa en un evento específico, no es per se generador del yerro de derecho, ello porque hay casos en los cuales la actitud asumida por la parte, que tiene cargas probatorias que satisfacer, es la responsable del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, por haber menospreciado su compromiso en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador” -hace notar la Sala-.

(....)

“Es claro, entonces, que pretender estructurar un yerro de derecho por no haber hecho uso de la mencionada prerrogativa no es atendible dadas las especiales circunstancias que rodearon el trámite de este proceso que se ha caracterizado por la pasividad de la parte demandada. Es inequívoco que cuando las circunstancias lo ameriten la Corte defiende y auspicia con énfasis y vehemencia que los jueces y magistrados en las instancias hagan uso de la facultad deber de decretar pruebas de oficio, pero ello no significa que cada vez que no emplee tal instrumento se pueda acusar a los funcionarios concernidos de cometer error de derecho, puesto que la misma no puede constituirse en un mecanismo imperativo para subsanar la negligencia de las partes” -líneas no originales- (15 de julio de 2008, Exp. 2003-00689 01).

2.1.2. Infíerese de lo anterior que los funcionarios judiciales en cuanto al ejercicio de incorporar elementos de persuasión, en desarrollo de los artículos 179 y 180 del C. de P. C., tienen la facultad-deber de disponer cuando lo consideren indispensable para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, pruebas de oficio; no debe considerarse como una mera discrecionalidad del juzgador, sino como un deber edificado sobre un juicio razonable que sólo a él le compete, a menos que la utilidad y necesidad de la prueba sea exigible imperativamente

(verbigracia la genética en los procesos de filiación o impugnación, la inspección judicial en los de pertenencia, la experticia en los divisorios o para condenar en concreto por frutos, intereses, mejoras o perjuicios)."

Desde esta perspectiva, no hay duda que le asiste razón al representante de la Fiscalía cuando afirma que el contenido del auto de 10 de febrero de 2011 proferido por el Juez SAAVEDRA NAJAR no contiene una decisión manifiestamente contraria a la ley.

El alcance que le otorgó a las disposiciones instrumentales para ordenar la práctica de pruebas de oficio no se aparta del sentido por el cual el legislador previó esta eventualidad y si bien puede hacersele oponible otras visiones sobre su teleología, la que fue propuesta por el indiciado no se distancia, menos de forma escabrosa al contenido literal de los preceptos que las contienen.

Incluso, el entendimiento e interpretación que le otorgó a los artículos 37 y 3814 del Código de Procedimiento Civil se ajusta a las directrices hermenéuticas trazadas por el mismo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad del derecho civil como fue reseñado, donde la ordenación de pruebas de oficio y las oportunidades procesales están autorizadas en el mismo conjunto normativo.

Es acorde con la Constitución Política, el orden jurídico y en efecto emana de los contenidos de los artículos 37, 38, 179, 18015

y s.s., ibídem, tendencia que como lo destacó el fiscal delegado en la audiencia, encarna la filosofía que se entiende el proceso como la realización del derecho material, lo cual sin duda refleja, el planteamiento de la atipicidad de la conducta.

De este modo, el Juez de la Unidad Judicial Municipal de Guatavita y Sesquilé, otorgó variados de los anteriores argumentos para fundar su decisión de disponer la práctica

oficiosa de la prueba pericial de avalúo, acorde con los criterios jurisprudenciales orientadores de la Sala de Casación Civil, por manera que no se trata de una decisión caprichosa, arbitraria y alejada del ordenamiento jurídico, pues era razonable que entendiera que la ley lo autorizaba, en los eventos de las disposiciones enunciadas ordenar de oficio la práctica de pruebas.

Debe llamar la atención la Sala, que al no ser compartida esa decisión por el inconforme y denunciante, debió permitir la satisfacción de los recursos ordinarios, que interpuestos, como se advierte de la revisión del expediente, negado el de reposición, desistió del de apelación¹⁶.

Por lo anterior, la Corte revocará la determinación proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca y en su lugar precluirá la investigación adelantada contra el doctor EDWIN OSWALDO SAAVEDRA NAJAR con fundamento en la causal contenida en el numeral cuarto del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por haberse verificado la atipicidad de la conducta investigada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la decisión recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, el 31 de agosto de 2011, conforme a las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: PRECLUIR la investigación penal adelantada en contra del doctor EDWIN OSWALDO SAAVEDRA NAJAR en su condición de Juez de la Unidad Judicial Municipal de Guatavita y Sesquilé por el delito de prevaricato por acción, dada la atipicidad de la conducta.

Contra esta decisión, que se notifica en estrados, no procede recurso alguno.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria.

1 El 23 de mayo de 2010, el demandante presentó avalúo del bien embargado por un valor de \$1.579.000.00 -valor del avalúo catastral- incrementado en un 50%, para un total de \$2.368.500.00., del cual el 8 de julio del mismo año se le corrió traslado a la demandada, el que por no ser objetado fue aprobado en auto de 22 de julio siguiente.

2 El juez se hallaba en uso de permiso por calamidad familiar.

3 18 de julio de 2011, folio 1 de la carpeta No. 2.

4 Cita los artículos 37, 125, 134-3-4-, 137-3, 179. 180, 186, 202, 207-5, 208-2, 211, 219, 225-3, 228, 230, 231, 236-2, 237-4, 240, 243, 244, 245, 246, 307, 308, 338, 375, 464-1,

470, 510-A, 571, 573, 641, 642-5, 659, 695-5.

5

6 Auto de 21 de junio de 2010, radicación No. 34117.

7 Auto de 17 de noviembre de 2010, radicación No. 34919.

8 En auto de 22 de febrero de 2012, radicación No. 37185 la Sala dijo:

“Sin embargo, aunque el representante del ente acusador invoca como fundamento de su solicitud de preclusión de la investigación el “estricto cumplimiento de un deber legal”, su argumentación en realidad corresponde a causal diferente, específicamente a la denominada atipicidad de la conducta.

Ante esta contradicción, la Sala opta por resolver la solicitud conforme a la sustentación otorgada, a efectos de hacer efectivo el derecho sustancial de las partes e intervinientes a obtener decisión en torno a la controversia planteada, circunstancia que, en este particular evento, no comporta pronunciarse respecto de causal diversa a la esbozada, por cuanto el ente acusador materialmente ajustó sus razones a la causal de atipicidad, sólo que por una imprecisión conceptual erró al mencionar el motivo por el cual impetraba la preclusión.

Entonces, se hace necesario atender la argumentación del peticionario para evitar el desgaste judicial que comportaría retornar el expediente sin decidir el recurso, exclusivamente por motivos de forma, cuando resulta evidente que lo razonado por el Fiscal se circunscribe a señalar que el indiciado no profirió decisión manifiestamente contraria a la ley, tópico sobre el cual se pronunció el juzgador de primera instancia.”

9 Autos de casación de 17 de noviembre de 2010, radicación No. 34919.

10 Auto de 25 de mayo de 2010, radicación No. 28773.

11 En sentencia e única instancia de 19 de febrero de 2009, de manera puntual se precisó:

“3.2. En segundo término, se precisa que el autor calificado, en esa condición, profiera resolución, dictamen o concepto que, también objetivamente, resulte ser refractario a la ley. Significa lo anterior que el alejamiento entre lo resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma positiva en un específico evento, debe ser palmario, de manera que la conducta ejecutada por el servidor público esté proscrita por las disposiciones vigentes.

De otro modo dicho, una decisión es “manifiestamente contraria a la ley” -de antaño lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala- cuando “la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o de tal grado ostensible que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse.”¹¹.

No basta pues, la simple contrariedad entre el acto jurídico y la ley, esa disparidad debe ser evidente, ostensible, contraria en grado sumo al ordenamiento jurídico.

Para que se configure el delito de prevaricato por acción – también lo tiene decantado la Corte- se requiere que haya “una notoria discrepancia entre lo decidido por un funcionario público y lo que debió decidir, o como tantas veces se ha dicho, entre el derecho que debió aplicar y el que aplicó.”¹¹ O, como puntualmente se dijera en proveído del 26 de junio de 1998:

“La adecuación típica del delito de prevaricato debe surgir de un cotejo simple del contenido de la resolución o dictamen de la ley, sin necesidad de acudir a complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones, pues un proceso de esta índole escaparía a una expresión auténtica de lo ‘manifiestamente contrario

a la ley'. Así entonces, para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora (juicio ex ante y no a posteriori)."

Más recientemente recordó la Corte que cuando la ley exige como requisito para la actualización del tipo penal de que se trata, que la ilegalidad sea manifiesta, "significa que no todas las decisiones ilegales son prevaricadoras por esa sola condición. En todo caso se necesita comprobar que la contradicción con el derecho aplicable sea de tal gravedad y magnitud que aún en casos de temas de complejidad interpretativa, hasta el sentido común resultaría lesionado. Una cosa es equivocarse en la aplicación de la ley y otra muy distinta utilizarla para desconocer su contenido y alcances con propósitos que le son ajenos."11

En suma, la locución "manifiestamente contraria a la ley" es un elemento normativo del tipo que impone una valoración sobre cuán abierta o evidente es la disonancia entre la actuación y la ley, porque no basta con la simple contradicción entre una y otra; esa contrariedad debe ser de tal modo palmaria que ponga en evidencia el afán de hacer prevalecer el capricho o el interés particular a toda costa, con desprecio por la ley que se debe aplicar. 11

3.3. Lo dicho en último lugar significa que el acto jurídico debe manifestarse no como producto de la torpeza, el desconocimiento o el error, sino de un obrar consciente y voluntario dirigido a contrariar la ley a través de la resolución, el dictamen o el concepto emitidos. Valga decir, que se actuó con dolo.

De lo que se precisa, entonces, conforme con la doctrina de la Sala de Casación Penal, es que el sentenciador realice una ponderada valoración acerca de los elementos que

configuran el delito de prevaricato por acción, esto es, que la conducta cuestionada provenga de un acto con falta de sindéresis, es decir, un acto tan desfasado o irracional que conlleve su censura; por lo tanto es la sentencia el momento procesal indicado para evaluar el aspecto subjetivo de la conducta y determinar si el agente procedió con dolo, y sólo en el caso en que exista la certeza de que el procesado actuó de manera consciente y voluntaria, hay lugar al proferimiento de un fallo adverso a los intereses del reo.”

12 En auto de 13 de julio de 2006, radicación No. 25627, esto dijo la Sala:

“También ha señalado la Sala que al incluir el legislador en la referida descripción un elemento normativo que califica la conducta, el juicio de tipicidad correspondiente no se limita a la simple y llana constatación objetiva entre lo que la ley manda o prohíbe y lo que con base en ella se decidió, sino que involucra una labor más compleja, en tanto supone efectuar un juicio de valor a partir del cual ha de establecerse si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible por lo cual, como es apenas natural, quedan excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, admiten diversas posibilidades interpretativas por manera que no se revelan como manifiestamente contrarias a la ley”.

13 Sentencia de casación de 29 de noviembre de 2004, radicación No. 7880.

14 “ TÍTULO IV.

DE LOS DEBERES, PODERES Y RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES CIVILES

ARTÍCULO 37. DEBERES DEL JUEZ. Son deberes del juez:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran.
2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga.
3. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.
4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.
5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los empleados judiciales.
6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas.
7. Hacer personal y oportunamente el reparto de los negocios.
8. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquélla sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal.
9. Verificar verbalmente con el secretario las cuestiones relativas al proceso, y

abstenerse de solicitarle por auto informes sobre hechos que consten en el expediente.

PARAGRAFO. La violación de los deberes de que trata el presente artículo constituye falta que se sancionará de conformidad con el respectivo régimen disciplinario.

ARTÍCULO 38. PODERES DE ORDENACION E INSTRUCCION. El juez tendrá los siguientes poderes de ordenación e instrucción:

1. Resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza.
2. Rechazar cualquiera solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta.
3. Los demás que se consagran en este Código.”

15 “ARTÍCULO 179. PRUEBA DE OFICIO Y A PETICION DE PARTE. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

ARTÍCULO 180. DECRETO Y PRACTICA DE PRUEBAS DE OFICIO. Podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar.

Cuando no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes, el juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso. “

16 Cuaderno de medidas cautelares anexo, folio 52.