



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

SP17773-2017

Radicación N° 50067

Acta 359

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

ASUNTO

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Arsenio de Jesús Valoyes Pino, ex Juez Primero Civil Municipal de Quibdó, en contra de la sentencia del 23 de febrero de 2017, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad lo condenó como autor penalmente responsable del delito de prevaricato por acción, a la pena de 60 meses de prisión, multa de 95.827 SMLMV, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 88 meses.

HECHOS

Arsenio de Jesús Valoyes Pino, en ejercicio de sus funciones como Juez Primero Civil Municipal de Quibdó, conoció y tramitó proceso ordinario de simulación radicado 2012-402, promovido por Víctor Manuel Machado en contra de Gisela del Carmen Solís, en donde se discutía la titularidad de una moto que aquél aseguraba haber adquirido por intermedio de ella.

Como quiera que el vehículo había sido hurtado y por tal hecho se condenó a la Universidad Tecnológica del Chocó a pagar a la señora Gisela del Carmen Solís una suma de dinero a título de indemnización por tal pérdida, el juez Valoyes Pino expidió los oficios 985 del 15 de junio de 2012 y 1117 del 10 de julio del mismo año, en donde le informaba al claustro universitario que dicho pago se encontraba embargado por cuenta del proceso ordinario y que por ello se debía retener el dinero que se le entregaría a la demandada.

Tales oficios fueron suscritos por el propio Juez Primero Civil Municipal, sin que existiera providencia que ordenara la cautela e, incluso, uno de ellos fue emanado 25 días antes de que se admitiera la demanda, evento que originó la presente actuación.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 30 de mayo de 2014, ante el juez 2 Penal Municipal de Quibdó, con función de Control de Garantías, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación, en donde el doctor Valoyes Pino manifestó no allanarse a los cargos formulados por el delito de prevaricato por acción.

Posteriormente, el 12 de agosto de 2014, la Fiscalía radicó escrito de acusación en contra del procesado, el cual fue verbalizado en audiencia que tuvo lugar el 18 de septiembre siguiente.

Cumplida la anterior ritualidad, el 13 de noviembre del mismo año, se instaló la vista preparatoria, en donde la defensa técnica solicitó se decretara la conexidad del presente proceso junto con la causa adelantada bajo el radicado 2011-01752, petición que fue negada y confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema en providencia del 16 de marzo de 2016.

Luego de ello, el 23 de junio de 2016, se reinició la audiencia preparatoria, decretándose las pruebas que se harían valer en juicio, tanto por la fiscalía como por la defensa, diligencia esta que tuvo lugar a partir del 27 de septiembre del mismo año y, en cuyo desarrollo, los sujetos procesales intervinieron de la siguiente manera:

El delegado del ente investigador solicitó que se profiriera sentencia condenatoria en contra del procesado.

Para ello expuso que el funcionario judicial, sin haber proferido auto admisorio de la demanda dentro del proceso ordinario de simulación instaurado por Víctor Manuel Machado Mena en contra de Gisela del Carmen Solís Mosquera, expidió oficio 985 del 15 de junio de 2012 en donde ordenaba el embargo de unos dineros que le debían ser entregados a la demandada por parte de la Universidad Tecnológica del Chocó.

Sostuvo que la acción de simulación es un proceso que busca se declare la inexistencia o nulidad de un acto jurídico, su naturaleza es ordinaria o declarativa y por ello no admite el decreto de medidas cautelares como las que ordenó el juez Valoyes Pino.

Agregó que el procesado, al momento de proferir el auto admisorio de la demanda, no sustentó la razón por la cual la misma debía tramitarse a partir de una mixtura entre el proceso declarativo y el ejecutivo, razón por la cual los oficios 985 del 15 de junio y 1117 del 10 de julio de 2012, resultan prevaricadores.

Considera extraño que el Juez procesado, a pesar de que la usanza es que el secretario firme los oficios emitidos en el despacho, en el caso particular dispuso que él los suscribiría, cuestión que da cuenta de su especial interés en el trámite que adelantaba.

Finalmente señaló que la medida cautelar dispuesta es arbitraria y manifiestamente ilegal, pues se ordenó previo

a la admisión de la demanda, lo cual resulta contrario a la ley y da cuenta de un actuar doloso que no admite exculpación alguna, menos cuando con tal proceder causó un desprestigio a la administración de justicia.

Por su parte, el defensor de confianza del acusado deprecó su absolución, al considerar que en el delito de prevaricato es necesario demostrar el conocimiento y la finalidad de vulnerar el bien jurídico.

Alegó que los jueces, en el ejercicio de sus funciones, pueden incurrir en errores al momento de realizar las interpretaciones normativas, de modo tal que, en el presente caso, se está ante un funcionario convencido de no haber atentado contra ninguna disposición legal.

Insistió en que la fiscalía jamás demostró que su defendido hubiera tenido algún interés para delinquir, y pidió que se revisaran las funciones de quienes laboran en el juzgado, toda vez que el juez no trabajaba solo en el despacho.

Finalmente, el Agente del Ministerio Público abogó por la declaratoria de responsabilidad del procesado, pues resulta inequívoca su intención de favorecer a quien demandó la simulación, ya que nada distinto se puede inferir cuando el mismo día que recibió la demanda profirió un oficio de embargo, sin que existiera pronunciamiento sobre la admisión del libelo.

Rechazó la teoría de estar frente a un error o una ligereza, bien fuera del juez o de cualquier empleado o judicante del despacho, porque el oficio 985 fue proferido un mes antes de que se produjera la admisión de la demanda.

El dolo en la actuación se extrae al ver que existe una cadena de errores y acontecimientos que apuntan a impedir que la demandada pudiera recibir unos dineros que le eran adeudados por parte de la Universidad Tecnológica del Chocó, todo ello con el claro objetivo de favorecer al demandante.

EL FALLO IMPUGNADO

Tras realizar el análisis probatorio respectivo, el Tribunal de instancia resolvió dictar sentencia condenatoria en contra de Arsenio de Jesús Valoyes Pino, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Las actuaciones señaladas de ser prevaricadoras fueron proferidas al interior de un proceso ordinario de simulación, en donde por mandato del artículo 690 del C.P.C., sólo era posible decretar dos tipos de medidas cautelares: a) la inscripción de la demanda cuando el proceso versa sobre bienes inmuebles o muebles sujetos a registro y b) el secuestro, si se trata de bienes muebles no sometidos a la solemnidad expuesta.

A partir de lo anterior, diferencié entre medidas previas y las cautelares, para lo cual señaló que las primeras se ejecutan antes de notificar al demandado sobre la existencia de la demanda, mientras que las segundas tienen lugar con posterioridad a dicho acto procesal.

Afirmó que tras revisar el auto de admisión de la demanda, proferido el 10 de julio de 2012, no se advierte una mención, siquiera tangencial, a la solicitud de medidas cautelares presentada por el demandante, lo cual hace que el oficio 985 del 15 de junio de la misma anualidad, sea carente de lógica, al igual que el oficio 1117 de similar fecha del referido proveído.

Resaltó que es sencillo concluir que el oficio 985 fue librado sin haberse admitido la demanda, de donde se deriva que su contenido es impreciso, pues allí se afirma que mediante auto de la misma fecha se ordenó el embargo de unos dineros que le serían entregados a la demandada.

Igual apreciación merece el oficio 1117 del 10 de julio del mismo año, en la medida que, contrario a lo que se dice allí, no es cierto que exista providencia de algún tipo en donde se disponga reiterar la orden impartida en el anterior oficio del 15 de junio, toda vez que, como ya se indicó, el auto admisorio de la demanda nada dijo sobre las cautelas y no existe auto adicional en tal sentido.

Afirmó que, al interior de un proceso civil no es posible proferir un oficio sin que previo a él exista un auto que contenga la orden, y que, en tratándose de procesos ordinarios, menos lo es proferir medidas cautelares diferentes a la inscripción de la demanda o el embargo de los bienes objeto de litigio.

Así las cosas, concluyó que los oficios de embargo remitidos a la Universidad Tecnológica del Chocó, resultan ser contrarios a derecho en la medida que contenían una orden improcedente en los procesos ordinarios, así como que tampoco se derivaron de una providencia judicial que impartiera tal orden y porque, finalmente, crearon una situación jurídica ajena al proceso que se adelantaba.

Aseguró que el proceder del entonces Juez Civil Municipal fue caprichoso y encaminado a favorecer al demandante, aspecto que se puede inferir a partir de la ausencia de motivación acerca de la decisión de ordenar medidas cautelares, o, incluso, del haber proferido el oficio 985 sin ningún sustento legal.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

La anterior decisión fue objeto de recurso de apelación por parte del defensor del doctor Arsenio de Jesús Valoyes Pino, quien solicita que la misma sea revocada. Al respecto señala:

1. El Tribunal de instancia falta a la verdad cuando asegura que al tenor de lo dispuesto en el artículo 690 del C.P.C., el auto admisorio debía ser motivado, pues dicha normatividad no precisa que una providencia, para que nazca a la vida jurídica, requiera ser argumentada, sino que basta la existencia de una relación de congruencia entre lo solicitado por la parte interesada y lo decidido por el juez, aspecto que fue plenamente observado por su representado.

2. Insiste en que los oficios constituyen la forma de perfeccionar la orden de medida cautelar solicitada por el demandante y que los mismos son fruto de la congruencia entre tal petición y lo resuelto por el Juez cognoscente. Así mismo sostiene que el embargo de los dineros de la demandada era una medida procedente por ser bienes de su propiedad.

Agrega que no es cierto que los oficios se hubieran librado sin que previo a ellos existiera una providencia debidamente motivada, porque lo cierto es que los autos que decretaron la orden de embargo sí existieron y fueron debidamente fundados, pero se extraviaron.

3. Rechaza que se acuse de prevaricadora la decisión de embargar unos dineros de la demandada, toda vez que en su sentir, el A quo desconoce que en el presente caso se estaba frente a una situación particular que impedía dar cabal aplicación al artículo 690 del C.P.C., ósea que el bien mueble objeto del litigio había sido hurtado y se ignoraba su paradero, razón por la cual era procedente

retener los dineros que se pagarían por parte de la Universidad Tecnológica del Chocó, a título de indemnización por tal pérdida.

Insistió que lo anterior es suficiente para justificar el proceder de su defendido, pero que el Tribunal desatendió dicho argumento e insistió en que su actuar fue caprichoso y doloso.

4. Se opuso al argumento del Tribunal según el cual el Juez Valoyes Pino se saltó el conducto regular cuando firmó los oficios de embargo, labor que normalmente cumple el secretario del despacho. Sobre el particular señala que en ese caso bien se puede aplicar aquel principio de derecho según el cual quien puede lo más, puede lo menos.

Sostuvo que es errado creer que los oficios de embargo son inexistentes porque fueron firmados por el juez y no por el secretario, ya que los mismos son antecedidos por el principio de legalidad, ello en virtud del artículo 111 del Código General del Proceso, el cual lo habilitaba para firmarlos.

5. Concluyó que en el presente caso se está frente a una atipicidad objetiva de la conducta, en el entendido que el decreto de medidas cautelares se hizo por vía de interpretación de una norma específica, labor que, si resultó equivocada, no puede ser reprochada como prevaricadora, dado que la misma no se erige como manifiestamente contraria a la ley y mucho menos caprichosa.

Igualmente sostuvo que la conducta es atípica desde el aspecto subjetivo, en la medida que no se demostró el actuar doloso por parte de su defendido, de modo que al no estar acreditado tal elemento del tipo penal de prevaricato, no es posible sancionar al procesado.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTE

Los no recurrentes guardaron silencio respecto al escrito radicado por el abogado defensor del doctor Arsenio de Jesús Valoyes Pino.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 3°, de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los Tribunales Superiores.

Del prevaricato por acción:

Conducta tipificada en el artículo 413 de la ley 599 de 2000, norma cuyo tenor es el siguiente:

“ARTICULO 413. PREVARICATO POR ACCION. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de

cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.”

De acuerdo con lo anterior, el comportamiento punible desde el punto de vista objetivo, se descompone en los siguientes elementos:

(i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea ilegal -por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia-, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- “no admite justificación razonable alguna”^{1,2}

Ahora, sobre el ingrediente normativo “*manifiestamente contrario a la ley*”, se ha precisado lo siguiente:

...para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”³, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén

¹ CSJ. AP. 29 de julio de 2015, radicado No. 44031.

² CSJ SP134-2016

³ CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.º 2424, pág. 438 – 442.

fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso”⁴.

*Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, **como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.**⁵*

En tal virtud, la materialidad de la conducta calificada como prevaricadora requiere demostrar que el acto censurado, esto es, resolución, dictamen o concepto, fue dictado de manera caprichosa o arbitraria por el sujeto, al desconocer abiertamente y de forma ostensible los mandatos normativos o exigencias de análisis probatorios que regulaban el caso, pues no basta la simple divergencia de criterios o posturas frente a la decisión adoptada.

Luego, no encuadrarán en el tipo penal aquellas providencias que resulten del examen complejo de las distintas disposiciones que regulen el asunto propuesto ante el funcionario, respecto de las cuales exista la posibilidad de interpretaciones discordantes, toda vez que en el prevaricato el juicio no es de acierto sino de legalidad, por cuanto, se insiste, *«la emisión de una providencia “manifiestamente contraria a la ley” solamente es compatible con un conocimiento y voluntad intencionada en el caso concreto de decidir de*

⁴ CSJ SP, 24 jun. 1986, rad. 406.598, GJ CLXXXV n.° 2424, pág. 438 – 442.

⁵ CSJ SP4620-2016

manera contraria al ordenamiento jurídico, ese propósito no puede ser fruto de intrincadas elucubraciones, tiene que ser evidente, grosero y advertible de inmediato en relación con el problema jurídico identificado por el funcionario judicial en el momento en cuya conducta se juzga y no a posteriori.»⁶

Además, en cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito de prevaricato por acción sólo es atribuible a título de dolo, bajo el entendido que el artículo 21 del Código Penal estableció que todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales, de modo que únicamente podrá hablarse de dolo en este delito, si se demuestra que el agente obró con el conocimiento y voluntad de resolver el caso puesto a su consideración de manera ostensiblemente contraria al ordenamiento jurídico.

Del dolo y su estructuración:

Abundante es la jurisprudencia de la Sala que hace relación al dolo, sus elementos, estructuración y demostración, veamos:

“De forma pacífica la Corte ha dicho que el dolo está conformado por dos componentes, el cognitivo-intelectivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo; y, el volitivo, que implica querer realizarlos; por tanto, actúa dolosamente quien sabe que su acción es

⁶ CSJ SP14999-2014

objetivamente típica y quiere su realización.” (CSJ AP1862-2016).

“Debe diferenciarse entre el móvil de la criminalidad, irrelevante en cuanto a la validez del juicio, y el dolo como categoría dogmática del delito que, de acuerdo con el contenido del artículo 36 de la Ley 599 de 2000, se acredita al demostrarse que el sujeto agente tuvo conocimiento de la ilicitud de su proceder y se orienta libremente a ejecutarla, al margen de que obre en el plenario prueba del motivo que lo determinó a actuar, porque el tipo penal de que se trata no exige finalidad especial, razón por la cual se ha dicho que es de los factores demostrados, generalmente objetivos, de donde debe deducirse la intención, dada la dificultad que existe para obtener pruebas directas sobre el aspecto subjetivo.

En la dogmática actual la demostración del dolo es independiente de la prueba del motivo que determina al sujeto a consumir el hecho típico, de manera que aun siendo importante establecer las razones que motivaron la voluntad del agente, puede ocurrir que esa causa, razón o fundamento del acto típicamente antijurídico, se establezca y constituya elemento útil para comprobar la existencia del dolo, o de una circunstancia que modifique la punibilidad; o también que por tratarse el aspecto subjetivo referido a la esfera intangible del ser humano, no logre acreditación en el proceso, bastando tan sólo acreditar que el sujeto agente tuvo conocimiento de la ilicitud de la conducta y que se orientó con libertad a su ejecución.

La Sala ha enfatizado en que para la determinación procesal del dolo se ha de partir del examen de las circunstancias externas que rodearon los hechos, ya que tanto la intencionalidad en afectar un bien jurídico o la representación de un resultado ajeno al querido por el agente y su asunción al no hacer nada para evitarlo, al ser aspectos del fuero interno de la persona se han de deducir

de los elementos objetivos que arrojan las demás probanzas.”
(CSJ SP3334-2016)

En lo que al dolo se refiere en la estructuración del punible de prevaricato por acción, la Sala ha sido reiterada en señalar que *“para afirmar la estructuración de este elemento es necesario comprobar que hubo una actitud consciente y deliberada de contradecir de manera rampante y ostensible el texto legal, además, es indispensable evidenciar el afán de hacer prevalecer el capricho o el interés personal a toda costa, que se obre con malicia o mala fe, esto es, que el dolo sea directo”*.⁷

El análisis de esta conducta ha sido realizado en reiterados pronunciamientos, a partir de los cuales la Corte ha considerado (CSJ SP. 27 jun. 2012. Radicado 37733):

El análisis de la contradicción de lo decidido con la ley se debe hacer mediante un juicio ex ante, al ubicarse el operador jurídico al momento en que el servidor público emitió la resolución, el dictamen o el concepto, examinando el conjunto de circunstancias por él conocidas, siendo por lo mismo improcedente un juicio de verificación ex post con nuevos elementos y conocimientos.

(...)

“De igual manera, la adecuación típica del delito de prevaricato debe surgir de un cotejo simple del contenido de la resolución o dictamen y el 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

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Rad. 31190

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). Desde luego que si el objeto de examen es una decisión ostensiblemente contraria a la ley, el juzgador no puede abstenerse de señalar el 'deber ser' legal que el infractor soslayó maliciosamente, pero como un 'deber ser' que éste conocía (no aquél) y que obviamente estaba al alcance de sus posibilidades"⁸.

Del régimen procesal civil aplicable.

Sea lo primero advertir, como más adelante se detallará, que las conductas constitutivas del punible imputado al procesado, en primer lugar, tuvieron lugar dentro del juicio ordinario de simulación promovido por el señor Víctor Manuel Machado contra la señora Gisela del Carmen Solís y, en segundo término, que se realizaron cuando dicho asunto estaba sometido a las reglas del Código de Procedimiento Civil, toda vez que no había entrado en vigencia el Código General del Proceso, expedido mediante la Ley 1564 el 12 de julio de ese mismo año.

Por consiguiente, la breve referencia que se hará a los procesos ordinarios, a los de simulación y a las medidas cautelares que proceden en aquéllos, guardarán relación con el primero de los citados ordenamientos y las normas que lo modificaron o adicionaron.

⁸ Cfr. CSJ SP 26 may.1998, radicado: 13628.

De los procesos ordinarios.

En la concepción original del Código de Procedimiento Civil, consideradas las reformas de que fue objeto hasta antes de la Ley 1395 de 2010, los procesos se clasificaban en declarativos, ejecutivos, liquidatorios y de jurisdicción voluntaria.

Los primeros, que son los que aquí interesan, denominados por la doctrina como procesos cognoscitivos, son aquellos caracterizados por *“el hecho de que existe falta de certeza acerca del derecho cuya declaración se pide”* y, por ende, *“se quiere con la sentencia poner fin a la incertidumbre”*⁹ o, en palabras de la Sala de Casación Civil de esta Corporación, aunque referidas a las sentencias declarativas, los que sirven *“(…) ‘al reconocimiento judicial de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o a la constatación de un hecho jurídicamente importante’ (XLIII, 757, 758...)”*¹⁰.

Ellos, en esa idea inicial del legislador, podían surtirse por el procedimiento ordinario, por el abreviado, por el verbal, por el divisorio o ser expropiaciones o deslindes y amojonamientos.

Disponía el artículo 396 del ordenamiento jurídico de que se trata, que *“[s]e ventilará y decidirá en proceso ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial”*

⁹ López Blanco, Hernán Fabio. “Procedimiento Civil. Parte Especial. Tomo II”. Bogotá, Dupre Editores, 2004, pág. 35.

¹⁰ CSJ, SC de 12 de abril de 2004, Rad. n.º 7532.

(se subraya); y el 397, que “[l]os asuntos de mayor cuantía y los que no versen sobre derechos patrimoniales, se sujetarán al procedimiento señalado en el presente título”, es decir, al “PROCESO ORDINARIO”, entendido como procedimiento, mientras que “[l]os asuntos de menor cuantía se decidirán por el trámite del proceso abreviado, y los de mínima cuantía por el proceso verbal sumario”.

En otras palabras, las contenciones litigiosas inciertas que no tenían asignado en la ley un trámite especial (procesos ordinarios) se surtían, las de mayor cuantía, por el procedimiento ordinario; las de menor, por el abreviado; y las de mínima cuantía, por el verbal sumario.

Sin alterar para nada la advertida naturaleza tanto de los “procesos declarativos” como de los “procesos ordinarios”, la Ley 1395 de 2010, con el único fin de implementar la oralidad, varió los procedimientos a través de los cuales debían tramitarse los segundos. Fue así como se modificó tanto el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de disponer que “[s]e ventilará y decidirá en proceso verbal todo asunto que no esté sometido a un trámite especial” (se subraya), como el 397, que previó: “Los asuntos de mayor y menor cuantía y los que no versen sobre derechos patrimoniales, se sujetarán al procedimiento del proceso verbal de mayor y menor cuantía. (...) Los asuntos de mínima cuantía se decidirán por el trámite del proceso verbal sumario, el cual se tramitará en forma oral y en una sola audiencia”.

En correspondencia con las anteriores determinaciones, la referida ley derogó expresamente los artículos 398 a 405 y 408 a 414 del Código de Procedimiento Civil, que se referían, el primer grupo de normas, al procedimiento ordinario y, el segundo, al abreviado.

Debe observarse, además, que la aplicación de la indicada ley, de conformidad con su artículo 44 y la modificación que a él le introdujo el artículo 1° de la Ley 1716 de 2014, fue gradual para los distintos Distritos Judiciales del país, fijándose como fecha límite para su aplicación en todo el territorio nacional, el 31 de diciembre de 2015.

No obstante lo anterior, en cuanto hace al Distrito Judicial de Quibdó, se establece que la señalada ley, nunca se aplicó, pues con anterioridad a la mencionada fecha, no se efectuó su implementación y, como es de público conocimiento, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo PSAA15 – 10392 del 1° de octubre de 2015, dispuso que el Código General del Proceso empezaría a regir en toda la Nación a partir, inclusive, del 1° de enero de 2016.

No está demás acotar, de todas maneras, que si bien es verdad, en los lugares donde operó la Ley 1395 de 2010 dejaron de utilizarse los procedimientos ordinario, en sentido estricto, y abreviado, de ello no se sigue que el concepto de “*proceso ordinario*”, entendido como una modalidad de los

procesos declarativos que no tienen asignado en la ley un trámite especial, hubiese igualmente desaparecido.

La modificación legislativa significó que en las regiones donde se implementó, los procesos ordinarios debían surtirse mediante procedimientos diferentes, así: los de mayor y menor cuantía, por el “*PROCESO VERBAL DE MAYOR Y MENOR CUANTÍA*”, contemplado en el Capítulo I del Título XXIII del Código de Procedimiento Civil; y los de mínima cuantía, por el “*PROCESO VERBAL SUMARIO*” regulado en el Capítulo II del mismo título.

De los procesos de simulación.

Cuando un contrato no corresponde a la realidad que representa, dicese que es simulado. Si la disconformidad es total, valga decir, cuando el acuerdo pretende dar visos de verdad a un negocio completamente inexistente, la simulación es absoluta; en cambio, si pese a ser cierta la convención, se altera alguno de sus elementos configurantes, como la naturaleza de la misma, las partes, el objeto, el precio, etc., tiene ribetes meramente relativos.

Sobre el particular, la Sala especializada en lo Civil de la Corte, ha sostenido:

Si bien se espera de los individuos, en ejercicio de su autonomía privada, que expresen de manera fidedigna las relaciones jurídicas, existen eventos en que, por circunstancias diversas, inclusive sin estar impregnadas de ilicitud e inmoralidad, emiten declaraciones disconformes

con la realidad, dando así lugar al fenómeno de la simulación, ya absoluta, ora relativa.

La primera tiene lugar cuando el acuerdo de las partes se orienta a crear la apariencia de algo inexistente, por la ausencia de negocio; y la segunda, cuando se oculta, bajo la falsa declaración pública, un contrato genuinamente concluido, pero disfrazado ante terceros, en cuanto a su naturaleza, condiciones particulares o respecto de la identidad de sus agentes¹¹.

Ese entendimiento de la simulación, permite comprender que la acción judicial mediante la cual se reclama su reconocimiento, torna inciertos los derechos que surgen del contrato mismo atacado como tal, por lo cual su ejercicio corresponde a un proceso declarativo. Ahora bien, dado que dicho asunto litigioso no tiene asignado un procedimiento especial, califica a la vez como un proceso ordinario que, según la cuantía, según ya se analizó, debía tramitarse a la luz del Código de Procedimiento Civil, por la vía del procedimiento ordinario, del abreviado o del verbal sumario.

De las medidas cautelares en los procesos ordinarios.

En términos generales, las medidas cautelares son instrumentos procesales que sirven al cumplimiento de las decisiones definitivas con las que se resuelvan las respectivas controversias.

¹¹ CSJ, SC del 18 de diciembre de 2012, Rad. n.° 2007-00179-01

Por eso, con razón se ha dicho, que ellas “*encuentran su razón en la urgencia de evitar un daño originado en el retardo de una providencia jurisdiccional definitiva y, en la necesidad de hacer eficaz el funcionamiento de la justicia; de ahí surge su característica más acusada como es la de no ser un fin en sí mismas, sino medio adecuado para providencias posteriores cuyo resultado práctico aseguran*”¹².

Teniendo en cuenta dicha naturaleza y, además, el especial carácter de los procesos ordinarios, es decir, se reitera, la incertidumbre de los derechos que en ellos se disputan, el legislador colombiano en el Código de Procedimiento Civil, optó por autorizar la práctica en ellos de medidas cautelares pero con notoria restricción, si se compara dicho régimen con el imperante en los procesos ejecutivos, cuyo distintivo, en contraste, es la total y absoluta certidumbre del crédito que mediante su tramitación pretende hacerse efectivo.

Reza el citado precepto:

Art. 690.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 10., mod. 346. En el proceso ordinario se aplicarán las reglas que a continuación se indican:

1ª. En el auto admisorio de la demanda que verse sobre dominio u otro derecho real principal, en bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes, de hecho o de derecho, a petición del demandante el juez decretará las siguientes medidas cautelares:

¹² CSJ, SC del 14 de agosto de 1961. Proceso ordinario de Adalberto Lorenzo Rodríguez contra Rafael Restrepo Echavarría. G.J. t., XCVI, pág 221.

a) La inscripción de la demanda en cuanto a los bienes sujetos a registro, para lo cual antes de notificar al demandado el auto admisorio, libraré oficio al registrador haciéndole saber quiénes son las partes en el proceso, el objeto de éste, el nombre, nomenclatura, situación de dichos bienes y el folio de matrícula o datos del registro si aquélla no existiere.

Para que se decrete la inscripción de la demanda, deberá prestarse caución que garantice el pago de las costas y perjuicios que con ella lleguen a causarse, excepto en los casos contemplados en el artículo 692.

El registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio, pero quien los adquiriera con posterioridad estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 332. Si sobre aquéllos se constituyen gravámenes reales o se limita el dominio, tales efectos se extenderán a los titulares de los derechos correspondientes.

La vigencia del registro de otra demanda o de un embargo, no impedirá el de una demanda posterior; ni el de una demanda el de un embargo posterior.

Si la sentencia fuere favorable al demandante, en ella se ordenará su registro y la cancelación de los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda, si los hubiere; cumplido lo anterior, se cancelará el registro de ésta, sin que se afecte el registro de otras demandas. Si en la sentencia se omitiere la orden anterior, de oficio o a petición de parte la dará el juez por auto que no tendrá recursos y se comunicará por oficio al registrador, y

b) El secuestro de los bienes muebles, la designación de secuestre y el señalamiento de fecha y hora para la diligencia, que podrá practicarse antes de la notificación al demandado del auto admisorio si así lo pide el demandante, quien para obtener que se decrete la medida deberá prestar caución que garantice los perjuicios que con ella pueden causarse.

(...)

Como puede apreciarse, el espectro de las cautelas utilizables en los procesos ordinarios, se reduce a la inscripción de la demanda de los bienes sujetos a registro

materia del debate y al secuestro de los bienes muebles sobre los que ellos versen. En ambos casos, para su ordenación debe prestarse previamente caución por el interesado y su decreto debe efectuarse por auto, el admisorio de la demanda si la solicitud se hizo en, o al tiempo, con el libelo introductorio, o uno posterior, en caso de que la petición se realice durante el curso del proceso, providencias que a voces de la regla tercera son apelables.

De ese modo, se puede afirmar, entonces, que el objetivo específico de las medidas cautelares en el marco de un proceso declarativo, es asegurar que el bien objeto de litigio se preserve material y jurídicamente hablando, a efecto de que pueda ser entregado a quien logre demostrar tener derechos sobre el mismo, razón por la cual las cautelas no se pueden extender a otros bienes y, mucho menos, a unos ajenos a la controversia.

Del caso en concreto.

Visto el anterior marco teórico, pasa la Sala a estudiar el caso propuesto, para de ese modo determinar si le asiste razón al apelante en su argumentación defensiva o, por el contrario, es acertado el análisis planteado por el A quo en su providencia, veamos:

Al revisar la prueba documental correspondiente al expediente del proceso de simulación radicado 2012-402, tramitado por el Juez Primero Civil Municipal de Quibdó Arsenio de Jesús Valoyes Pino, en donde figura como

demandante Víctor Manuel Machado y como demandada Gisela del Carmen Solís, la Sala encuentra las siguientes actuaciones relevantes para el caso:

- Escrito de demanda suscrito por el abogado Néstor Enrique Palacios Guevara, con sello de presentación personal del 13 de junio de 2012.
- Solicitud de medidas cautelares presentada por el abogado demandante, con sello de presentación personal del 13 de junio de 2012.
- Acta individual de reparto, del 14 de junio de 2012.
- Informe secretarial con el que pasó el expediente al despacho, del 15 de junio de 2012.
- Oficio 985 del 15 de junio de 2012, firmado por el juez Valoyes Pino, en donde informa a la Universidad Tecnológica del Chocó que por auto de la fecha se ordenó el embargo y retención de unos dineros que se le pagarían a la demandada.
- Auto interlocutorio 3001 del 10 de julio de 2012, por medio del cual se admite demanda, se ordena correr traslado por 10 días a la demandada, dispone imprimirle el trámite previsto en los artículo 409 y siguientes del C.P.C. y reconoce personería al abogado demandante.
- Oficio 1117 del 10 de julio de 2012, en donde se reitera la orden de embargo y retención de los dineros contenida en el oficio 985 del 15 de junio del mismo año.

Vistos los aspectos primordiales de la prueba documental, en particular la que contiene las actuaciones que se acusan de prevaricadoras, y confrontada la misma con la argumentación expuesta en el escrito de apelación, la Sala estima:

1. Frente a los oficio 985 y 1117 de 2012, no se encuentra elemento que respalde la afirmación defensiva, según la cual los mismos sí fueron precedidos por el auto que ordenó la medida cautelar en ellos comunicada, el cual se extravió, cuestión calificada como normal, si en cuenta se tiene que es un despacho con un gran cúmulo de actuaciones.

Al respecto, ha de decirse que, en efecto, no se observa la existencia de los autos en donde se decretaron las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante y que, además, no es creíble que dichas providencias hubieran existido en algún momento, pues, de un lado, los testimonios vertidos en juicio oral y que se refieren a las mismas, no resultan creíbles, ni mucho menos coherentes.

Lo anterior es posible afirmarlo cuando se escucha el testimonio de Néstor Enrique Palacios, abogado demandante, quien asegura que sí echó de menos unos documentos dentro del expediente, pero al indagársele por vía de conainterrogatorio acerca de cuáles eran esos papeles, indicó que se trataba de unas solicitudes que él radicó.

De otra parte, la testigo Rosalba Mena Castillo, oficial mayor dentro del despacho presidido por el Juez Valoyes Pino, afirmó que los autos de medidas cautelares sí existieron, y que ello lo sabe porque el juez los hizo mientras que a ella le ordenó elaborar los oficios, sin embargo siempre fue evasiva cuando se le indagó si los vio, limitándose a responder que no recordaba bien ese proceso y que ella se limitó a producir los oficios que firmaría su jefe.

Así mismo aseguró que el auto de medidas cautelares sí debió existir, porque es el mismo en donde se admite la demanda y sin él no era posible elaborar los oficios informando sobre la existencia de la medida.

Como se puede apreciar, dichos testimonios no son contundentes. De un lado, el abogado demandante afirma que lo extraviado fueron unos memoriales presentados por él, no alguna providencia y, de otro, las respuestas de la empleada judicial, fueron evasivas y carentes de fundamento.

Adicionalmente, y en lo que al oficio 985 se refiere, no es creíble que el mismo hubiera sido antecedido por un auto que ordenara las cautelas, pues como se precisó al abordar el tema de las medidas cautelares, si la solicitud dirigida a obtener su práctica la presentó al tiempo con la demanda, el decreto de las mismas debe realizarse en el admisorio del libelo, por consiguiente, si la petición de medidas que la parte actora elevó en el proceso civil de que se trata, la allegó con el escrito de demanda, su ordenación debió efectuarse en la admisión.

Empero, resulta que el señalado oficio, que data del 15 de junio de 2012, precedió en 25 días la referida providencia, ya que ésta, en ese asunto litigioso, se profirió el 10 de julio de esa anualidad.

También infirma la versión del defensor, el hecho de que en el proceso civil tampoco se avizora la caución necesaria para que pudiera decretarse la medida cautelar allí deprecada, cuestión igualmente advertida en el estudio que se realizó en ésta temática.

Ahora bien, en lo que al oficio 1117 del 10 de julio de 2012 se refiere, tampoco es creíble que el mismo hubiera sido fruto de otro auto que dispusiera las cautelas deprecadas, toda vez que, debe insistirse, al tenor de lo dispuesto en el artículo 690 del C.P.C., dicha providencia no podía ser otra que aquella que se pronuncia sobre la admisión de la demanda, auto que, como se pudo comprobar, no contiene ningún pronunciamiento sobre el particular.

De igual modo, suponiendo, aunque sea por solo un instante, que la tesis de la defensa es creíble, la misma se cae cuando se observa que los oficios 985 y 1117 tienen igual fecha que el auto del cual supuestamente se derivaron, toda vez que el artículo 334 del C.P.C. dispone:

*ARTÍCULO 334. PROCEDENCIA. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 156 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> **Podrá exigirse la ejecución de las***

providencias una vez ejecutoriadas, o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, y cuando contra ella se haya concedido apelación en el efecto devolutivo. (...) (Resaltado fuera de texto)

Como se puede apreciar, las providencias se pueden cumplir una vez se encuentren ejecutoriadas, por manera que los oficios debían expedirse tan solo cuando el auto que ordenó el secuestro de los dineros estuviera en firme, situación que, en el caso que nos concierne, no pudo constatarse, porque ni siquiera se demostró que esas providencias fueron notificadas, de donde mal podría afirmarse que adquirieron ejecutoria, razón por la cual se desecha el argumento de apelación presentado por la defensa.

2. En cuanto al reproche del defensor, según el cual no es procedente que el a quo exigiera que el auto de medidas cautelares fuera motivado, dado que era suficiente que guardara congruencia entre lo solicitado y lo resuelto, encuentra la Sala que no existe necesidad de pronunciarse al respecto, toda vez que ya se dio por acreditado que los autos por medio de los cuales se decretaron las medidas cautelares no existieron, luego realizar cualquier pronunciamiento sobre la forma y contenido de los mismos, sería trabajar sobre meras especulaciones, aspecto que en nada aporta para la resolución del presente caso.

3. Asegura el A quo en su sentencia, que la medida cautelar decretada era improcedente, ya que escapa de aquellas contempladas en el artículo 690 del C.P.C., sin embargo el apelante considera que ello no puede ser así, toda vez que se está frente a una particularidad que impedía aplicar dicha norma de manera exegética, como lo es que la moto objeto de litigio había sido hurtada y se ignoraba su paradero, razón por la cual era viable acceder al embargo de los dineros que se pagarían a título de indemnización por la pérdida del velocípedo.

Sobre el particular, no comparte la Sala tal aseveración del abogado defensor, pues, según ya se explicó en acápite anterior, las medidas cautelares al interior de los procesos declarativos son absolutamente restringidas y no pueden afectar bienes diferentes a aquellos cuya titularidad se discute.

En ese sentido se tiene que, el proceso de simulación giraba en torno a la titularidad del derecho que se alegaba respecto de una moto, no sobre los dineros que se pagarían a título de indemnización por la pérdida de ella, de modo que cualquier medida cautelar que se decretara debía afectar directamente al vehículo y, si ello no era factible, la consecuencia lógica era la de negar la práctica de las cautelas.

Desde esa perspectiva, no existe justificación alguna, ni la norma consagra excepción de ningún tipo, para que el juez Valoyes Pino hubiera procedido de la manera como lo hizo,

esto es apartándose de un mandato legal claro, que no deja campo para interpretación diferente a la exegética, para en su lugar proceder según su mejor parecer.

Así las cosas, es evidente que el acusado actuó de manera deliberada y abiertamente contraria a la ley, cuando sin auto que así lo dispusiera, ordenó practicar una medida cautelar improcedente, con la cual contrarió de manera flagrante la ley procedimental civil en su artículo 690.

4. Ahora bien, el apelante en su escrito de sustentación del recurso, resta importancia al hecho de que su defendido hubiera firmado los oficios mediante los cuales le informó a la Universidad Tecnológica del Chocó sobre la existencia de una orden de embargo en contra de Gisela Del Carmen Solís.

Para tal efecto acude al apotegma de que quien puede lo más puede lo menos, y que su actuar estaba respaldado por el artículo 111 del Código General del Proceso, razón por la cual su firma era válida y no se contraponía a las disposiciones legales del procedimiento civil.

La Sala se aparta de tal razonamiento defensivo, toda vez que considera que el mismo es errado en la medida que el comportamiento del procesado no constituye un simple desconocimiento del conducto regular del juzgado, como lo considera el Tribunal de instancia, sino que es abiertamente contrario a los artículos 111 y 302 del C.P.C., normas que a su tenor señalan:

*“ARTÍCULO 111. COMUNICACIONES. <Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los tribunales y jueces deberán entenderse entre sí, con las autoridades y los particulares, por medio de despachos y oficios que se enviarán a costa del interesado, si fuere el caso, por el medio más rápido y con las debidas seguridades. **Los oficios y despachos serán firmados únicamente por el secretario,** salvo los relacionados con títulos judiciales. (...)”* (Resaltado fuera de texto).

*“ARTÍCULO 302. CLASES DE PROVIDENCIAS. **Las providencias del juez pueden ser autos o sentencias.**”*

Son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, y las que resuelven los recursos de casación y revisión.

Son autos todas las demás providencias, de trámite o interlocutorias.” (Resaltado fuera de texto)

Por manera que, de la simple lectura de las aludidas normas procedimentales, los pronunciamientos del juez, valga decir, los que él firma, son solamente de dos clases: autos y sentencias; resultándole prohibido, de manera expresa, suscribir oficios y despachos, actos de comunicación éstos que únicamente incumben al secretario del juzgado.

Así, para el caso concreto, no es cierto que pueda aplicarse la máxima propuesta por el abogado defensor, toda

vez que por encima de ella existe una legislación clara y concreta que regula las actuaciones del juez, normas que son de obligatorio cumplimiento y que no pueden ser desconocidas bajo el pretexto simplista de que era necesario reducirle el trabajo al secretario del despacho, quien supuestamente se encontraba muy atareado.

Visto lo anterior, resulta injustificable el actuar del procesado, dado que las normas que desconoció al suscribir los oficios de embargo, son de carácter general, es decir, aplicables a todos los procesos, de modo que debían ser de su total conocimiento, pero a pesar de ello optó por desobedecerlas de manera flagrante, con el único propósito de presionar la concreción de una medida improcedente y así, favorecer a uno de los sujetos procesales.

Ahora bien, con respecto a la aseveración de que el proceder del juez Valoyes Pino se encontraba respaldado por el artículo 111 del Código General del Proceso, entiende la Corte que se trata de un lapsus calami del apelante, toda vez que para la época de los hechos dicha legislación aún no se encontraba vigente y, el canon invocado, coincide en su número y contenido con el artículo del Código de Procedimiento Civil que se transcribió anteriormente.

5. Lo hasta acá estudiado por la Sala, permite descartar los argumentos de atipicidad propuestos por la defensa, ya que, de un lado, emerge con claridad que el actuar del procesado fue manifiestamente contrario a la ley procedimental civil, en cuanto decretó una medida cautelar

improcedente en los procesos ordinarios, la misma fue comunicada sin que existiera auto que la ordenara, una de dichas comunicaciones fue, incluso, anterior al auto con el que se admitió la demanda y finalmente suscribió unos oficios que, por mandato legal, únicamente podían ser signados por el secretario del despacho.

El anterior proceder no puede ser justificado como un problema de interpretación normativa libre de maldad, sino que entraña un deseo ostensible de desconocer las normas vigentes aplicables al caso, un recorrido criminal direccionado, inequívoca y conscientemente a desconocer el ordenamiento jurídico para así favorecer a una persona en particular, esto es, obró dolosamente.

Encuentra la Corte que cada acción desplegada por el procesado fue consciente y voluntaria, toda vez que jamás se acreditó que hubiera sido afectado por algún vicio del consentimiento, todo lo contrario, quedó claro que su proceder se encaminó a favorecer a uno de los extremos de la litis, motivo por el cual quiso dar apariencia de legalidad a sus determinaciones, de tal suerte que suscribió documentos que no eran de su competencia, en orden a ocultar la ausencia de una providencia judicial que resolviera sobre una medida improcedente.

Refulge entonces, que en el presente caso, concurren tanto los elementos objetivos como subjetivos del tipo de prevaricato, sin que exista justificación alguna que exculpe el proceder del entonces Juez Primero Civil

Municipal de Quibdó, Arsenio de Jesús Valoyes Pino, motivo suficiente para proceder a confirmar en su integridad la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de dicha ciudad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CONFIRMAR en su integridad la sentencia del 23 de febrero de 2017, por medio de la cual la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Quibdó declaró penalmente responsable a Arsenio de Jesús Valoyes Pino, en su calidad de Juez Primero Civil Municipal de esa ciudad, por el delito de prevaricato por acción.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Devuélvase al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria