

Proceso Nº 11455

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No. 51 de abril 3/2000

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., quince de mayo del año dos mil.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO, Ex Juez Civil Municipal de Usaquén (Despacho que posteriormente pasó a ser el Juzgado 58 Civil Municipal de este Distrito Capital), contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, mediante la cual lo condenó a catorce meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, destitución del cargo oficial, y al pago de cien gramos oro como indemnización por daños materiales, y cincuenta gramos oro como perjuicios morales, en razón a haberlo encontrado penalmente responsable del delito de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES:

1.- El primero de agosto de mil novecientos ochenta y cinco ANGEL GUARIN BARRERA dio en arrendamiento a ALFONSO RAMOS y BLANCA FONSECA la casa lote ubicada en la calle 197 número 40-19 del Barrio Canaima de Bogotá.

Ante el incumplimiento de las estipulaciones contractuales, en especial el no pago de los

cánones mensuales a partir del mes de septiembre de mil novecientos ochenta y seis, mediante apoderado, el señor ANGEL DE LA CRUZ GUARIN BARRERA presentó demanda de lanzamiento contra los arrendatarios a fin de obtener la restitución del citado inmueble, proceso que correspondió tramitar al Juzgado Civil Municipal de Usaquén a cargo del doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO.

Mediante sentencia proferida el veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y ocho, el Juez consideró cumplidos los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad y competencia; la ausencia de vicios en la actuación, la legitimación de las partes, la no oposición dentro del término de traslado de la demanda, así como la prueba sumaria que acredita la existencia del pacto contractual. En tal medida, decretó la terminación del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, el lanzamiento de los demandados del inmueble materia de restitución -para cuya práctica comisionó por el término de sesenta días con amplias facultades al Inspector Distrital de Policía de la Zona de Usaquén-, concedió en favor de la parte actora el derecho de retención consagrado por los artículos 2000 del C. C. y 424 del C. de P. C., y condenó en costas a los demandados.

Luego de dos intentos fallidos de la autoridad comisionada para llevar a cabo el lanzamiento y la consecuente entrega del inmueble con la cual se ejecutaría el fallo, y ante la insistencia del apoderado de la parte actora, quien solicitó que el Juez personalmente practicara la diligencia el Doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO mediante auto proferido el seis de febrero de mil novecientos noventa y reiterado en proveído del ocho de marzo siguiente, atendió favorablemente la petición.

En la diligencia realizada el treinta de abril de mil novecientos noventa, el funcionario identificó el bien objeto de la reclamación y con fundamento en las previsiones de los artículos 337, 338 y 434 del C. de P. C., negó la oposición a la entrega, presentada por el apoderado de la parte demandada, y decretó el lanzamiento de los demandados ALFONSO RAMOS y BLANCA FONSECA del inmueble, la desocupación inmediata y su consiguiente

entrega a la parte actora quien lo recibió a entera satisfacción.

El apoderado de los demandados, dejó la constancia de haberse entregado a los actores un globo de terreno de mayor extensión al estipulado en el contrato de arrendamiento y las pretensiones de la demanda, pues, “se está entregando una casa lote y dos lotes más que son de posesión de mi representada”.

2.- MARIA ANA BLANCA FONSECA DE PUERTO, por escrito instauró denuncia contra el doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO, Juez 58 Civil Municipal de Bogotá, en la cual expuso que en el contrato suscrito por ella figura claro haberle sido arrendado una casalote de 14 x 6 metros, y que no obstante haberse decretado el lanzamiento de dicho inmueble y las advertencias de su apoderado, en la diligencia llevada a cabo el 30 de abril de 1990 el denunciado hizo entrega a los demandantes del inmueble objeto del lanzamiento y de un lote contiguo, el cual no le había sido dado en arrendamiento y que afirma poseer desde hace cinco años, cuyas dimensiones son de doce metros de frente por catorce de fondo en el que construyó una habitación que fue destruida parcialmente (fls. 1 y ss.).

3.- Asumido el conocimiento del asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dispuso el adelantamiento de indagación preliminar durante la cual se recibió la ampliación de la denuncia; copia del Acuerdo 50, expedido el 16 de noviembre de 1988, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, designó en propiedad al doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO como Juez Civil Municipal de Usaquén, para el período 1987-1989 (fls. 26) y el testimonio del abogado HECTOR ARTUNDUAGA PENAGOS.

4.- Abierta la investigación (fl. 48), se practicó diligencia de inspección al proceso de restitución de inmueble número 6318 tramitado por el Juzgado Civil Municipal de Usaquén (fl. 68), del cual, además, se obtuvo fotocopia íntegra (anexo).

Se oyó en declaración indagatoria al doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO, quien sostuvo

que efectivamente practicó la diligencia de lanzamiento que se ha venido refiriendo, ocasión en la cual estuvo presente la demandada MARIA ANA BLANCA FONSECA DE PUERTO, y se procedió a identificar el inmueble en los términos que reza el acta levantada a esos propósitos. Que actuó de conformidad con el parágrafo cuarto del artículo 337 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “para efectos de la entrega de un inmueble, no es indispensable recorrer ni identificar los linderos, cuando al juez o al comisionado no le quede duda acerca de que se trata del mismo bien”, como tampoco era indispensable tomar las medidas del inmueble por cuanto no se trataba de verificar derechos de propiedad, de dominio ni problemas entre vecinos, solamente la restitución de la tenencia del bien al demandante.

Y aunque el apoderado de la demandada adujo que se estaba excediendo al entregar un globo de terreno de mayor extensión al pedido en la demanda, no lo consideró así por cuanto no había una demarcación que permitiera establecer que la señora Fonseca tenía una posesión, “se entregó lo que estaba dentro de los linderos”, en manera alguna “algo que excediera el lote a entregar”. Además, no adujo prueba alguna que indicara que tuviera posesión sobre ese terreno y si hubiera accedido a la pretensión de la demandada habría transgredido el artículo 434 del anterior C. de P. C. el cual prevé que el demandado no podrá ser oído si la demanda se funda en falta de pago.

Pese a las manifestaciones del apoderado de la parte demandada, sostiene, decidió no escucharlo, pues, de haberlo hecho, habría sido el demandante quien le formulara denuncia; además, no suspendió la diligencia por cuanto el proceso persigue lanzar al demandado, no discutir un mejor derecho, una mejor posesión, o una mejoras, y tampoco le quedó duda alguna de tratarse del inmueble ocupado por la demandada.

De haber sido cierto lo alegado por la parte demandada, esto es haber entregado un globo de terreno de mayor extensión sobre el cual ejercía posesión, ha debido instaurar una acción policiva por ocupación de hecho. Recuerda que en una esquina del predio

existía una especie de pieza o cuarto donde la parte demandada tenía unos implementos de construcción, lo que dio lugar a pensar que no era contundente la afirmación del abogado opositor.

Y si bien la inspectora inicialmente comisionada para realizar el lanzamiento, suspendió la diligencia con el argumento de no haber podido individualizar plenamente el bien a restituir, ello no permite sostener que el inmueble efectivamente entregado no hubiera sido el mismo que la demandada recibió en arrendamiento.

Además, las pruebas ordenadas por la inspectora para lograr identificar el inmueble no eran fácilmente evacuables toda vez que el predio objeto del proceso se hallaba ubicado en un barrio de invasión; tampoco se estaba discutiendo derecho de propiedad o de dominio, siendo la única prueba idónea el contrato de arrendamiento y, finalmente, el trámite no admitía período probatorio por haberse proferido la sentencia de conformidad.

Insiste en sostener que el inmueble objeto de la diligencia correspondía al contemplado en la demanda, porque se hallaba ubicado en la urbanización Canaima, la nomenclatura era la misma, y coincidían los linderos señalados en la demanda y en el contrato, sólo que se pretendió aducir que el inmueble restituido era otro por haberse construido en un costado.

No se constató la extensión del terreno, prosigue, por cuanto solamente bastaba establecer la coincidencia en los linderos para determinarlo. Asegura no entender el motivo por el cual la demandante discute la pretendida posesión, cuando no la adujo en la etapa procesal correspondiente, en donde tuvo la oportunidad de demostrarlo y, si no lo hizo, la diligencia no era el momento para ello.

Finaliza su intervención diciendo tener conciencia de haber obrado de conformidad con las normas procesales (fls. 96 y ss.).

4.1.- Se practicó diligencia de inspección judicial con asistencia de peritos (fotógrafo y topógrafo), al inmueble ubicado en la calle 197 número 40A-79, en la cual se recepcionó el testimonio de MARIA ANA BLANCA FONSECA DE PUERTO, LUZ MARINA RUA TORRES y JOSE AURELIO QUIROZ SOLANO.

4.2.- A folios 121 y siguientes obran las fotografías tomadas a los inmuebles demarcados con los números 40A-73, 40A-79, 40A-81 y 40 A-87 de la Calle 197 de la nomenclatura urbana de Bogotá. Igualmente, el levantamiento topográfico donde se ubican los linderos del inmueble identificado con el número 40A-79 (fl. 129).

4.3.- También fueron escuchados los testimonios de JULIO ERNESTO HERNANDEZ HERNANDEZ, MARIA ELENA GUARIN DE GUARIN, REGINA SANCHEZ LEON, empleada del entonces Juzgado Civil Municipal de Usaquén, ARCADIO VARGAS CASTILLO, MERCEDES BARRERA RODRIGUEZ, JORGE ENRIQUE FORERO CORTES, GERMAN CUBILLOS ROJAS, los Agentes de la Policía Nacional, JOSE GILDARDO NIETO HORTA y YESID ORTIZ ALEMEZA, el oficial de la misma institución Teniente JUAN CARLOS CUBILLOS BECERRA, la Doctora GLORIA PENAGOS PARGA -quien por la época de los hechos investigados ejerció el cargo de Inspectora Primera D Distrital de Policía-, y se oyó en ampliación de indagatoria al doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO.

4.4.- El Departamento Administrativo de Catastro Distrital informó que revisados los archivos cartográficos y magnéticos de ese Departamento “no figuran las nomenclaturas calle 197 No. 40A-79, 40A-19, 40A-81 y 40A-87” (fl. 179)

4.5.- Mediante providencia de veintisiete de enero de mil novecientos noventa y cuatro, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, definió la situación jurídica del doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO, afectándolo con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de prevaricato por acción, al tiempo que le concedió la libertad provisional caucionada (fls.

287 y ss.).

4.6.- Con posterioridad a esta decisión, se oyó el testimonio de ARCADIO VARGAS CASTILLO, y se recibió información procedente del Instituto de Desarrollo Urbano en el sentido de que el predio de la Calle 197 número 40-19, no aparece inscrito en los archivos de contribución de valorización (fls. 344), en tanto que la Procuraduría de Bienes de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, informó que la Urbanización Canaima de la Localidad de Usaquén es una zona de uso público que el Urbanizador “Canaima Ltda” cedió al Distrito Capital, mediante Acta 017 de marzo 9/60, sin que sobre el mismo la administración haya efectuado negociación alguna (fls. 354).

5.- Mediante proveído de dos de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, la Fiscalía declaró clausurada la investigación (fls. 364).

6.- Por providencia de diez de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, calificó el mérito probatorio de la actuación con resolución acusatoria contra el doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO, por el delito de prevaricato definido por el artículo 149 del Código Penal (fls. 385 y ss.), determinación que fue recurrida por la Representación del Ministerio Público al considerar que la conducta encontraba adecuación típica en el marco del artículo 152 del Código Penal (fls. 408 y ss.), y el defensor del procesado -quien demandó su revocatoria y, en consecuencia, la preclusión de la instrucción- (fls. 413).

7.- Al desatar la alzada interpuesta, mediante providencia de veintiséis de enero de mil novecientos noventa y cinco, la Unidad Nacional de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema le impartió confirmación (fls. 6 y ss. cno. 3).

Los argumentos de la acusación, son, en síntesis, los siguientes:

7.1.- El Doctor Peláez Nieto tramitó de comienzo a fin el proceso y en esa medida conocía exactamente “sobre qué predio recaía la orden de lanzamiento y cuál era el predio que como consecuencia de esa decisión debía ser entregado”.

7.2.- Con la diligencia de lanzamiento llevada a cabo el 30 de abril de 1990, el juez ejecutaba la sentencia por él mismo proferida el 25 de julio de 1988.

7.3.- Para la fecha de la diligencia, aún se hallaban vigentes las originales disposiciones del Código de Procedimiento Civil de 1970, que regulaban lo relativo a la ejecución de providencias judiciales, pues las modificaciones introducidas por el Decreto 2282 de 1989 solamente entraron a regir el primero de junio de 1990.

7.4.- Igualmente la normatividad que gobernaba el proceso de lanzamiento era la contenida en el texto del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

7.5.- El proceso de lanzamiento de arrendatario, como se le denominaba en aquella época, tiene por objeto la restitución del inmueble arrendado, en los términos de los artículos 2035 del C. C. y 434- 5 del Código de Procedimiento Civil vigente entonces, con la consiguiente declaratoria de terminación del contrato de arrendamiento, y si la causal aducida en la demanda es la mora en el pago, el demandado no puede ser oído hasta que no demuestre el pago correspondiente.

7.6.- La sentencia proferida por el acusado guardó perfecta correspondencia en cuanto a los linderos del inmueble a restituir señalados en la demanda, que eran los mismos precisados en el contrato de arrendamiento.

7.6.- Para la Fiscalía resulta importante lo expresado por el apoderado de la parte actora en la diligencia realizada por la Inspectora Primera D Distrital de Policía el 10. de noviembre de 1988, en el sentido de solicitar la suspensión de la diligencia por haberse colocado una placa de identificación diferente a la señalada en el despacho comisorio, pues aunque

los demandados ocuparan otro inmueble ello no era obstáculo para determinar el bien objeto de la diligencia, por lo cual la suspensión tenía como objeto aclarar ante el Despacho de conocimiento lo relativo a la nomenclatura.

7.8.- Si el Juez LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO en la diligencia realizada el 30 de abril de 1990, daba cumplimiento a la sentencia por él proferida el 25 de julio de 1988 en la cual dispuso el lanzamiento de los demandados, éste debía producirse del inmueble arrendado “no de otro u otros”.

7.9.- Si bien es cierto que una vez iniciada la ejecución de la sentencia del 25 de julio de 1988, la señora MARIA ANA BLANCA FONSECA DE PUERTO no brindó mayor colaboración para su cumplimiento, “su posición deviene de un doble propósito: de un lado, su querer manifiesto en no ser lanzada del inmueble arrendado; de otro, su persistencia en reclamar el reconocimiento respecto a que el inmueble que ella ocupaba era de mayor extensión pues de tiempo atrás venía poseyendo dos lotes de terreno contiguos al arrendado”.

7.10.- Lo anterior resulta fortalecido con lo hecho constar por el apoderado de la parte actora “en donde tácitamente devela cualquier duda sobre el ejercicio de actos posesorios por parte de BLANCA FONSECA”.

7.11.- Si bien es cierto la señora FONSECA DE PUERTO incurre en contradicciones relacionadas con la suscripción del contrato o la razón por la cual ella cuidaba los lotes de GUARIN BARRERA, “no tienen la potencialidad de restar credibilidad al dicho de la denunciante en lo que tiene que ver con el hecho de estar poseyendo ella, al momento del lanzamiento, un predio de mayor extensión a aquél que había recibido en arrendamiento”.

7.12.- No merece credibilidad el testimonio del abogado GERMAN CUBILLOS ROJAS pues no solamente se mostró evasivo a responder las preguntas formuladas por el instructor, sino que “pretendió desconocer lo que de manera manifiesta fluía de lo

consignado en el acta de la diligencia cumplida el día 30 de abril de 1990, pues, contrario a lo por él sostenido, el aspecto relacionado con la posesión fue el determinante para la asunción de la conducta procesal de la señora FONSECA DE PUERTO, a través de apoderado”.

7.13.- El testimonio de MARIA ELENA GUARIN, fue vago e impreciso, sin brindar un sólo elemento de juicio que permitiera esclarecer lo acontecido, por lo cual no tiene ninguna fuerza persuasiva.

7.14.- De la declaración de REGINA SANCHEZ DE LEON se destaca que efectivamente se trataba de un solo globo de terreno de cierta extensión, con lo cual su versión “no tiene potencialidad alguna para restar credibilidad y atendibilidad a lo dicho por la denunciante”.

7.15.- El testimonio de ARCADIO VARGAS CASTILLO, permite establecer que para la época de los hechos era oficial activo de la Policía Nacional en el grado de Mayor, y que sin pertenecer a la Unidad de Policía correspondiente al lugar donde se cumplió el lanzamiento fue quien transportó el personal de uniformados que le colaboraría al Juez denunciado durante la práctica de la diligencia, en la cual tenía interés por haber adquirido en el mes de mayo de 1988 los dos lotes contiguos al dado en arrendamiento por GUARIN BARRERA a FONSECA DE PUERTO.

En relación con el dicho de esta persona, consideró la Fiscalía que “resulta absolutamente paradójico, criticable y censurable que siendo él un oficial activo de la Policía Nacional, en el grado de Mayor, viniera ejecutando negociaciones sobre lotes de terreno producto de invasiones. Por lo menos éticamente no se muestra consecuente la función que desempeñaba, su rol dentro de la sociedad, con su verdadero comportamiento y que al amparo de su investidura hubiera ‘colaborado’ en la diligencia de lanzamiento”.

7.16.- Fácilmente se advierte que este lote de terreno, que finalmente se convirtió en dos, es el que vino a conformar junto con el que había sido dado en arrendamiento a la señora Fonseca de Puerto, “el globo de terreno que en su totalidad ocupaba” en posesión, lo cual se acredita “no sólo con los testigos mencionados por la denunciante sino la diligencia de lanzamiento que pretendió practicar la Inspectora Primera D Distrital de Policía en dos oportunidades”.

7.17.- La transacción entre Guarín Barrera y Vargas Castillo sobre el citado terreno, fue posterior a los actos posesorios que en relación con el mismo ejercía FONSECA DE PUERTO, quien rellenó el piso anegado, construyó y pintó las paredes exteriores, y habilitó “precariamente el inmueble para poner a funcionar un jardín infantil y que de acuerdo a la declaración de JORGE ENRIQUE FORERO CORTES una vez se produjo el lanzamiento y al cabo de tres días se comenzaron a ejecutar las obras civiles sobre lo que hoy en día son los dos lotes de terreno, uno contiguo y otro próximo, de aquél que había sido dado en arrendamiento”.

7.18.- Resulta “afortunada” la inspección judicial practicada al lote de terreno que fue restituido por el procesado, las fotografías que en ella fueron tomadas y los planos levantados sobre el inmueble, lo cual permitió que los testigos hicieran las distinciones y precisiones respectivas cuando les fueron exhibidos dichos documentos, dando con ello lugar a “aclarar que los actuales lotes demarcados como 1, 2 y 3, al momento de la diligencia de lanzamiento cumplida el 30 de abril de 1990 conformaban uno sólo, eran ocupados por la señora FONSECA DE PUERTO y de ellos fue lanzada la misma por parte del Juez 58 Civil Municipal, aquí sindicado”.

7.19.- Al haberse dispuesto por el sindicado, mediante sentencia proferida el 25 de julio de 1988, el lanzamiento de los demandados del inmueble arrendado, no podían ostentar frente al mismo inmueble la condición de terceros poseedores, ni tampoco oponerse a la diligencia al momento de la entrega ya que la causal que dio lugar a la

terminación del contrato fue la mora o falta en el pago de los cánones de arrendamiento, de ahí que la decisión del funcionario procesado de rechazar la oposición presentada por la parte vencida resultaba legítima.

Sin embargo, “resultaba válida su oposición como poseedora del bien inmueble o de los bienes inmuebles no comprendidos dentro del inmueble arrendado”, pues al haber dispuesto el doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO el lanzamiento de la demandada y la entrega a la esposa del arrendador de un globo de terreno de mayor extensión que comprendía tanto el dado en arrendamiento como un lote sobre el cual la demandada ejercía actos posesorios, es lo que constituye la situación relevante para el derecho penal, pues se trataba de lanzarla del inmueble arrendado no de otro distinto.

7.20.- El artículo 76 del Código de Procedimiento Civil vigente para la época de la diligencia, claramente señalaba que para identificar el inmueble debía acudirse a la ubicación, linderos y demás circunstancias, de suerte que ante la duda sobre su individualización, el funcionario podía acudir a otros múltiples mecanismos sucedáneos con ese propósito.

Sin embargo, en este caso los linderos señalados en el contrato de arrendamiento y la demanda presentada con fundamento en aquél, eran tan precisos que no existía posibilidad de confusión y así lo aceptó el imputado en su diligencia de indagatoria.

Como el Juez no recorrió los linderos del inmueble a entregar, ni los identificó correctamente, sino que lo hizo a través de generalidades, esta circunstancia llevó a que la oposición de la demandada fuera mal formulada, pero ello no era suficiente para que el juez decidiera la entrega de un bien de mayor extensión al que se refería la sentencia por él mismo proferida.

7.21.- Para que se configure el tipo penal de prevaricato, no es necesario que la decisión revista forzosamente la forma de auto interlocutorio o sentencia, sino que lo importante es

que el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función y ello fue lo que ocurrió en el presente caso cuando el doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO tomó la decisión manifiestamente contraria a la ley de lanzar a BLANCA FONSECA DE PUERTO de un predio de mayor extensión a aquél que había recibido en arrendamiento.

“Su decisión, ya que debía tomar una determinación ante la controversia que se le planteaba, en la diligencia, fue producto del conocimiento de una particular situación que se le presentó, del conocimiento que como Juez tenía del carácter ilícito de lo que su obrar en aquella diligencia del día 30 de abril de 1990 y del querer tomar esa decisión manifiestamente contraria a la ley”.

7.22.- No se puede afirmar que la jurisdicción penal cuenta con mayores elementos de juicio a los que tuvo el funcionario para resolver la controversia planteada en la diligencia de lanzamiento “ya que era de fácil apreciación que los linderos no correspondían y que la extensión del globo de terreno del cual fue lanzada la demandada y que se entregó al apoderado de la parte actora excedía amplia y suficientemente las originales dimensiones”. La censura penal no radica en la omisión de medir los linderos, “sino en la deliberada actitud de pretender identificar el predio arrendado por generalidades pero aduciendo otras ‘circunstancias’ de manera acomodaticia porque se aplicaron a cosas distintas de las que correspondían no solo en justicia sino de acuerdo a la ley”.

Luego de descartar la configuración del delito de abuso de autoridad, sugerida por el Ministerio Público, advirtiendo no tratarse en este caso que el funcionario sindicado hubiese ido más allá de lo decidido por él mismo en la sentencia de 25 de julio de 1988, sino que el reproche obedece a la decisión de lanzar y entregar un predio mayor a aquél que había sido dado en arrendamiento, le impartió confirmación a la resolución de acusación proferida en primera instancia. (fls. 6 y ss. cno. 2).

8.- El juicio correspondió conocerlo al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá (fls. 3 y ss. cno. 3), en donde se llevó a cabo la vista pública (fls. 62 y ss-3.) y escuchó al procesado doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO, quien luego de explicar pormenores de la actuación a su cargo, concluyó que si bien es cierto no midió los linderos, ellos sí fueron constatados, y ese fue el predio del que hizo entrega, “mas nunca entregué los dos predios restantes por cuanto como ya lo he dicho no había muro o alambrada o mojones que permitieran percibir los otros dos lotes”, pretendiéndose hacer creer que entregó todo el globo de terreno cuando ello no es cierto (fls. 62 y s. cno. 3).

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

Pasando por resumir los hechos, pruebas allegadas y alegaciones de las partes, el Tribunal estima reunidos los presupuestos establecidos por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, y profiere la sentencia que ahora es motivo de impugnación ante la Corte, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- La tipicidad del delito de prevaricato fue demostrada con las fotocopias del juicio civil en donde aparece el contrato de arrendamiento con los linderos especificados, la sentencia que dispuso el lanzamiento del inmueble de acuerdo con el contrato, las frustradas dos diligencias de la Inspectoría de Policía quien señaló no poder realizar la entrega por existir dudas sobre la identificación de la casalote, la copia del acta de la diligencia de lanzamiento realizada por el procesado y la inspección judicial en la cual son constatadas las dimensiones del globo de terreno.

2.- El Juez Peláez Nieto, desde el inicio de la actuación hasta la terminación del proceso, conocía cuál era el inmueble arrendado que debía ser restituido, pues “estaba claramente identificado por su ubicación y linderos, debiéndose agregar la diferencia del colindante por el costado oriental, pues para el momento de la presentación de la demanda, ya no era de propiedad del demandante, sino de BERNARDINO BRICEÑO”.

3.- Fue acertada la decisión de la Inspectora Comisionada de suspender el lanzamiento por no haber logrado identificar plenamente el inmueble, pues de haber actuado de manera diversa, “podía atentar contra los derechos de alguna de las partes trabadas en la litis, máxime que se había decretado la evacuación de diligencias para aclarar la duda”.

4.- Al ejecutar el procesado su propia sentencia, y haber dispuesto el lanzamiento y desocupación inmediata del inmueble, no se ciñó a lo ordenado en el fallo pues el lanzamiento ha debido producirse sobre el inmueble arrendado y no de otro u otros, como ocurrió en este evento en donde el apoderado de la demandada le hizo ver que estaba haciendo el lanzamiento de un predio de mayor extensión, lo que no atendió.

5.- Del texto de la diligencia realizada el 30 de abril de 1990, se colige que “el juez acusado no identificó plenamente el inmueble donde iba a realizar el lanzamiento, se limitó a decir con qué colindaba, pero no se tomó la molestia de tomar las medidas y detectar si eran las mismas que figuraban en el contrato de arrendamiento e incluso en la misma demanda”.

6.- La conducta del procesado resulta aún mas grave, dado que sabía que la inspectora no había podido identificar plenamente el predio objeto de restitución, como se hizo ver en las dos oportunidades en que devolvió el despacho comisorio.

7.- Era tan latente la duda sobre la identificación del inmueble, que el apoderado de la parte actora estuvo de acuerdo con la Inspectora y pidió la suspensión de la diligencia, lo cual también pasó por alto el funcionario acusado.

8.- Efectivamente, BLANCA FONSECA ocupaba un predio de mayor extensión como lo demuestran los testimonios de Héctor Artunduaga, abogado que se opuso al lanzamiento, José Aurelio Quiroz, Julio Hernández, Mercedes Barrera Rodríguez, Jorge Enrique Forero, y Germán Cubillos Rojas, quienes conocían que la demandada ocupaba

un lote grande que ella rellenó y “donde tenía un jardín, pues era madre comunitaria” e identificaron los tres predios que figuran en las fotografías y el plano de los folios 121 y siguientes, “como el globo de terreno que habitaba la demandada”.

9.- Por ello era cierto lo manifestado por el apoderado de la demandada, de estar haciéndose el lanzamiento de un globo de terreno de mayor extensión al reseñado en el contrato de arrendamiento, en la demanda y la sentencia.

10.- No existe explicación para que el acusado no hubiera procedido como era su costumbre, oficiando a las entidades señaladas por su empleada REGINA SANCHEZ LEON, o practicar pruebas como lo pretendió hacer la Inspectora Comisionada para identificar plenamente el predio “y no atentar contra el derecho de posesión que le alegó la demandada en la diligencia”.

11.- Resulta censurable la actitud asumida por el Mayor de la Policía ARCADIO VARGAS CASTILLO, quien sin pertenecer a la Estación correspondiente al lugar de la diligencia, transportó los uniformados para que colaboraran con el juez durante la diligencia, lo cual se debió a tener interés en ella, puesto que desde el mes de mayo de 1988 había adquirido los dos lotes contiguos al dado en arrendamiento por Guarín Barrera a Blanca Fonseca.

12.- El juez ha debido actuar conforme a las normas de derecho procesal civil vigente, y cumplir la sentencia de 25 de julio de 1988 decretando el lanzamiento según las medidas concretamente determinadas en el contrato de arrendamiento, sin que resulte aceptable la forma como identificó el predio.

13.- No se discute la decisión del funcionario de no escuchar a la demandada a quien no podía oír por no haber cancelado los cánones adeudados, pero tal planteamiento solo era posible en relación con la casalote estipulada por sus linderos en el contrato de arrendamiento, mas no en relación con los otros dos lotes que venía ocupando, respecto de los cuales resultaba válida su oposición al lanzamiento.

14.- La prueba recaudada demuestra que el doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO decidió lanzar a la demandada BLANCA FONSECA de un lote de terreno de mayor extensión que comprendía no solo el que era materia del contrato sino dos adicionales que ésta ocupaba, pues no obstante haberse precisado los linderos en el contrato de arrendamiento, la demanda, la sentencia y en el despacho comisorio, en la diligencia realizada el 30 de abril de 1990 no se identificó “correctamente” el bien, no se recorrieron sus linderos, ni se establecieron las medidas, “sino que se tomó en forma global”, lo cual llevó al apoderado a formular oposición en aras de la identificación del predio, por estarse lanzando a su poderdante de un terreno de mayor extensión.

15.- Aunque se aceptara que la oposición fue mal formulada, ello no le resta carácter delictual a la conducta del funcionario al decidir entregar un inmueble mayor al que se refería la sentencia y, al hacerlo, incurrió en el delito de prevaricato por acción porque su decisión deliberada y consciente fue manifiestamente contraria a la ley (fls. 114 y ss. cn. 3).

LA IMPUGNACION.

Contra el fallo del primer grado, el defensor oportunamente interpuso recurso de apelación, el que fue concedido por el a quo.

Sus fundamentos son, en síntesis, los siguientes:

1.- Su asistido no incurrió en el delito de prevaricato, pues al inicio de la diligencia realizada el 30 de abril de 1990, dejó expresa constancia que la demandada a fin de evadir el cumplimiento de la sentencia modificó la identificación del inmueble cambiando la puerta de acceso y la nomenclatura del mismo, y que los demandados no podían ser oídos por no haber cancelado los cánones de arrendamiento.

2.- El funcionario actuó con total convencimiento de haber identificado en debida

forma el inmueble, lo cual no podía ser de otra manera dado que en el lugar se encontraba la demandada y además fueron establecidos los linderos estipulados en el contrato de arrendamiento, por tres de sus costados al punto que el mismo apoderado de la demandada acepta que el funcionario sí identificó el predio, sólo que consideró no haberlo hecho en debida forma por omitir tomar las medidas de la casalote a restituir.

3.- Dentro del proceso de lanzamiento o restitución de inmueble no es necesario tomar medidas, lo importante es tener la certeza de que se trata del mismo bien arrendado, no otro distinto, y para su asistido el predio que entregó al apoderado de la parte actora sí era el mismo que figuraba en el contrato de arrendamiento.

4.- Las razones expuestas por el procesado para haber dado por identificado el inmueble son valederas en el derecho procesal civil, por lo cual no es cierto lo afirmado en el fallo de que resulte contrario a la ley no medir el predio. No se imagina, sostiene, que en todos los procesos de restitución de inmueble se mida el área del predio objeto de la diligencia y si sobra un centímetro al señalado en el contrato, deba dejársele al demandado o inquilino, lo cual iría en contravía con la práctica jurídica y la convivencia.

5.- Si BLANCA FONSECA pretendía derecho de posesión sobre el inmueble ha debido reclamarlo como lo ordena la ley, sin embargo no lo hizo, pues con la pretensión de que se midiera el predio o predios como se les denominó dentro del proceso, no podía demostrar posesión alguna por no cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 338 del C. P. C.

6.- La denunciante adujo llevar aproximadamente cinco años en posesión de esos terrenos y que le pagó doce mil pesos al señor ALFONSO MARIA RAMOS por hacerle la cocina y una habitación, sin embargo, en la diligencia de inspección judicial realizada el 14 de agosto de 1992 dijo haber tomado posesión de los lotes desde hacía solamente tres años, que en ellos lo único que tenía era arena y piedra amontonada y, además,

quien presuntamente le hizo las obras fue precisamente su compañero permanente.

7.- Hábilmente, en la diligencia ni la demandada ni su abogado dijeron quienes eran en realidad los propietarios de los predios contiguos al ocupado en calidad de arrendataria, limitándose solamente a establecer medidas por cada costado, con lo cual tratan de confundir a las autoridades judiciales que tramitan el proceso penal.

8.- Obviamente que JOSE AURELIO QUIROZ, JULIO HERNANDEZ, MERCEDES BARRERA y JORGE ENRIQUE FORERO CORTES conocían a BLANCA FONSECA, como lo expuso el Tribunal, pues generalmente los vecinos conocen los inquilinos de un determinado inmueble, no su propietario, y el hecho que se conozca al arrendatario no lo convierte en propietario del bien.

9.- Su asistido se limitó a escuchar a las partes de acuerdo con la ley y dio por terminado el contrato de arrendamiento celebrado sobre el predio por encontrar reunidos los requisitos para ello; practicó personalmente la diligencia de entrega por cuanto así se lo solicitó el apoderado del actor, y no escuchó a la parte demandada por que así se lo ordenaba la ley.

10.- El proceso da cuenta que el funcionario acusado no sacó la piedra ni la arena de los citados terrenos, como ha sido afirmado, solamente ordenó la desocupación de la parte construida, ya que precisamente era esa la habitada.

11.- Siguiendo a un conocido autor nacional, sostiene que la ilegalidad manifiesta del acto no depende del criterio del empleado sino de la comparación de la norma con la providencia dictada, y, en este caso, el juez procesado se limitó a cumplir lo preceptuado por el artículo 434 del C. de P. C. que señala la imposibilidad de oír al demandado en el proceso si no consigna a órdenes del Juzgado los cánones adeudados o presenta los recibos de pago o consignación.

El apoderado de la demandante se opuso al lanzamiento del inmueble “donde nos encontramos” siendo precisamente de dicha parte de donde no se podía oponer a la diligencia.

Por ello estima que el doctor Peláez Nieto cumplió con el mandato de administrar justicia y no dejarse enredar por las maquinaciones de la demandada, y sostuvo en su indagatoria que su intención jamás fue causar perjuicios a alguna de las partes trabadas en el litigio. Si con su proceder llegó a perjudicar a alguna de ellas, o dejó de aplicar alguna disposición, no lo hizo a sabiendas de que su conducta era contraria a la ley, y en esas condiciones el delito no existe como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en providencias de agosto 13 de 1981, 15 de abril de 1982 y 14 de agosto de 1991.

12.- Lo único que hizo su asistido fue aplicar correctamente las normas pertinentes al caso concreto que le fue planteado, y si en algún momento se equivocó por no medir el área del predio objeto de la diligencia de entrega, bajo ningún pretexto se puede afirmar que su conducta haya sido manifiestamente contraria a la ley, pues el delito imputado no admite la modalidad culposa.

Y, a pesar de que en las varias oportunidades en que se pretendió realizar la diligencia fueron presentadas diferentes placas de nomenclatura del inmueble, nadie discutió que se encontraran en predio distinto al señalado en la demanda, en el contrato de arrendamiento o la sentencia.

Pese que al practicar la diligencia el 30 de abril de 1990, no coincidía el número de la placa con el que del predio figuraba en el proceso, a su asistido no le quedó ninguna duda de encontrarse en el inmueble reclamado por la parte actora.

La circunstancia de haber transcurrido casi veintidós meses desde que profirió el fallo, hasta el momento en que realizó la diligencia de lanzamiento, descarta de antemano el dolo que se le ha imputado y demuestra que lo único que le interesaba era administrar

justicia.

Con fundamento en lo anterior demanda de la Corte revocar la sentencia recurrida y, en lugar de ella, absolver a su cliente (fls. 149 y ss.-3).

SE CONSIDERA:

1.- De acuerdo con lo previsto por el artículo 68-4 del Código de Procedimiento Penal, la Corte tiene competencia para desatar la alzada interpuesta, si se toma en cuenta que la sentencia objeto de recurso fue proferida por un Tribunal Superior de Distrito Judicial en el proceso que se sigue contra un Juez por hechos vinculados con el cargo oficial. Su función se contraerá a revisar los aspectos impugnados, sin que resulte posible hacer más gravosa la situación de quien en cuyo favor se recurre, en razón a ser apelante único, según es dispuesto por el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal.

2.- Al doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO, por la época de los hechos Juez Cincuenta y Ocho Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, se le imputa la realización del delito de prevaricato por acción que define y sanciona el artículo 149 del Código Penal, por entonces vigente y aplicable al caso por virtud del principio de favorabilidad, en cuanto tiene establecidas penas menos gravosas que las previstas en la nueva regulación al respecto por la Ley 190 de 1995.

Su definición normativa es la siguiente:

“El empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, incurrirá en prisión de uno a cinco años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término”.

De modalidad eminentemente dolosa, el prevaricato activo encuentra realización cuando el servidor público, según la órbita de sus funciones oficiales, en la definición de un

asunto sometido a su decisión profiere resolución o dictamen, ostensiblemente contrarios al sentido de la norma jurídica llamada a regular el caso, generando, por tanto, una situación de injusticia por hacer prevalecer su voluntad a la de la ley, y de afectación a la integridad y credibilidad que ha de amparar la administración en cuyo nombre actúa.

La valoración de la trascendencia social y jurídica de la conducta realizada, debe consultar a más de la contrariedad entre la decisión y lo reglado, las concretas circunstancias de adopción de la resolución tildada de prevaricante, la información disponible, la complejidad del caso, y la claridad y contenido de la disposición legal llamada a regular el asunto sometido a conocimiento del funcionario, no desde la perspectiva de cómo habría actuado quien lo investiga o juzga, pues de lo que se trata en esencia es de realizar un juicio en el cual la ilegalidad manifiesta de la resolución resulte de la sola comparación entre lo decidido y aquello que la ley manda.

3.- Como quiera que la impugnación se basa en cuestionar la apreciación por el Tribunal de los hechos objeto del juicio y, de contera, la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo impugnado, al invocar, en primer lugar, que contrario a lo declarado en la sentencia, el tipo de prevaricato imputado en la resolución acusatoria no se realizó, y, en segundo término, que si con su comportamiento el funcionario procesado dejó de aplicar alguna disposición legal, o perjudicó a alguna de las partes, no lo hizo a sabiendas de estar transgrediendo la ley, como de modo opuesto le ha sido imputado, se impone para la Corte examinar dichos argumentos frente a los fundamentos expuestos en la decisión que se censura, a fin de establecer si asiste razón al recurrente, o si por el contrario, la sentencia ameritada merece confirmación.

4.- El proceso da suficiente cuenta que por la época de los hechos, el doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO fungía como JUEZ CIVIL MUNICIPAL DE USAQUEN, pues al expediente fue incorporado en tal sentido el acuerdo de nombramiento. Y aunque no se allegó la prueba

documental que acredite la calidad adquirida con posterioridad a dicho cargo, pese a haber detectado su ausencia la Fiscalía de segunda instancia al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el proveído calificador, es lo cierto que no se discute por ninguno de los sujetos procesales que la imputación la formula la Fiscalía en razón a haber sido realizada la conducta el 30 de abril de 1990 en su condición de Juez 58 Civil Municipal, de conformidad con la variación hecha de la nomenclatura del Despacho a su cargo, como ello se advierte en el cuaderno anexo al expediente.

A esta conclusión igualmente se llega si se toma en cuenta que el doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO, en su calidad de Juez Civil Municipal de Usaquén, tuvo a su conocimiento, tramite y decisión el proceso de lanzamiento iniciado por el apoderado del señor ANGEL DE LA CRUZ GUARIN BARRERA contra los arrendatarios ALFONSO RAMOS y BLANCA FONSECA. Y si bien posteriormente ese mismo Despacho Judicial se vio modificado en su nomenclatura, ello no implicó reasignación o reparto de los asuntos de que venía conociendo el procesado en ejercicio de sus funciones, máxime si éste mismo acepta haber llevado a cabo y suscrito, junto con los restantes intervinientes, el acta de la diligencia realizada el 30 de abril de 1990.

5.- Debe dejar en claro la Corte, que por el trámite y decisión del referido proceso de lanzamiento, hoy denominado de restitución de inmueble por la legislación procesal civil, ningún cuestionamiento ha formulado la Fiscalía al doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO, como tampoco se aprecia en su adelantamiento que el enjuiciado haya incurrido en alguna clase de irregularidad con trascendencia penal. Todo lo contrario, la actuación llevada a cabo desde el mismo momento en que la demanda fue admitida, hasta la culminación mediante sentencia proferida el veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y ocho, muestra absoluta transparencia y legalidad derivada de su acomodamiento al rito preestablecido.

Tómese en cuenta, al respecto, que con la demanda se acompañó el poder para actuar y

el contrato de arrendamiento base de la acción instaurada, y que por estimar satisfechos los presupuestos legales, el doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO, en su condición de Juez Civil Municipal de Usaquén, dispuso su admisión, el traslado y notificación a la parte demandada, diligencia ésta última que se surtió personalmente a la señora BLANCA FONSECA, y en relación con ALFONSO RAMOS mediante aviso fijado “en la puerta de entrada al inmueble ubicado en la calle 197 # 40-19 de Bogotá, de conformidad con el art. 434 numeral 3º del C. de P. C.” vigente por la época.

Previo el informe secretarial dando cuenta de la no contestación de la demanda, el veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y ocho el Juez Peláez Nieto puso fin a la actuación mediante fallo en el cual ordenó la terminación del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes en litigio, decretó el lanzamiento de los demandados “del inmueble ubicado en la Calle 197 No. 40-19 de esta ciudad, cuyos linderos se han determinado en la parte motiva de la sentencia”, para cuya diligencia comisionó con amplias facultades al Inspector Distrital de Policía de la Zona de Usaquén, y concedió el derecho de retención consagrado en los artículos 2000 del C. C. y 434 del C. P. C. en favor de la parte actora. Por haber adquirido ejecutoria, dado que contra esa decisión no se interpuso recurso alguno, su cumplimiento se dispuso mediante el Despacho Comisorio número 422 dirigido a la Inspección Distrital de Policía de Usaquén, correspondiéndole el diligenciamiento a la Primera D de la especialidad, autoridad que señaló el día primero de noviembre del mismo año, para tal efecto.

A partir de esta última fecha se da inicio a una serie de incidentes propiciados por la demandada y ahora denunciante señora MARIA ANA BLANCA FONSECA DE PUERTO, con el objetivo empeño de evitar el cumplimiento del fallo de lanzamiento, los cuales no empecen a aparecer acreditados en el proceso y haber tenido incidencia en la decisión del funcionario de proveer personalmente la ejecución del fallo, dejaron de ser ponderados en la resolución acusatoria y la posterior condena contra el doctor PELAEZ NIETO por el delito de prevaricato, pues la circunstancia de aparecer ello mencionado en

el libelo impugnatorio, obliga a la Corte tener que abordar su análisis y valoración en orden a resolver el acierto y legalidad de la sentencia motivo de recurso.

6.- No obstante lo declarado en sentido contrario por el fallo materia de impugnación, a la Corte no le surge duda que el predio objeto de litigio -sobre el cual en dos oportunidades se comisionó a la Inspección de Policía para ejecutar el lanzamiento-, fue el mismo establecido en el contrato de arrendamiento, la demanda, la sentencia y la diligencia realizada el 30 de abril de 1990 por el doctor PELAEZ, en términos que pasan a precisarse.

Para permitir una cabal comprensión del caso, y de contera introducir los correctivos que el asunto amerite dada la advertida omisión del Tribunal respecto al punto, ha de comenzarse por evaluar los incidentes acaecidos en el proceso de restitución de inmueble a cargo del enjuiciado, y la conducta asumida por las partes intervinientes en dicha actuación, por la repercusión que ello tuvo en la decisión del funcionario de ejecutar personalmente la sentencia proferida por su Despacho.

Recuérdese que la notificación del auto admisorio de la demanda se surtió personalmente a la señora FONSECA en el inmueble ubicado en la calle 197 número 40-19 de la nomenclatura urbana de Bogotá, siendo la misma a que hizo alusión el contrato de arrendamiento y la demanda, y en donde de igual manera el notificador del Juzgado fijó el aviso judicial sobre la iniciación del proceso.

De esa ubicación dio cuenta la sentencia proferida por el funcionario que es acusado y el Despacho Comisorio número 422 remitido a la Inspección Distrital de Policía, en el que además se precisaron los linderos del inmueble objeto de restitución, los cuales coincidían integralmente con los indicados en la demanda y el fallo.

Igualmente, en el inmueble referido fue que, el primero de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, hizo presencia la Inspectora Primera D Distrital de Policía, doctora GLORIA

PENAGOS PARGA, tal y como de ello dejó constancia en el acta levantada a ese propósito, sólo que en esos momentos no existía fijada placa de identificación alguna, y sin embargo le fue exhibida una “placa no oficial con el No. 40A-79”.

La diligencia fue atendida personalmente por la demandada señora BLANCA FONSECA, quien luego de haber sido enterada por la funcionaria del objeto de su presencia, adujo no haber suscrito contrato alguno de arrendamiento con el señor GUARIN a quien le imputó haber falsificado su firma y que el mismo le había prometido cancelarle sus servicios por concepto de celaduría o dejarle un lote en pago por su trabajo.

La circunstancia de haber sido atendida la funcionaria por la señora FONSECA, precisamente la demandada en el proceso, y la manifestación por ella expuesta en relación a sus vinculaciones con el demandante ANGEL DE LA CRUZ GUARIN BARRERA, conducen a reafirmar que realmente la diligencia en esos momentos estaba siendo practicada sobre el lugar indicado en el fallo.

Pero el cambio de nomenclatura y la estrategia de aducir haber tomado el citado inmueble en pago de sus servicios como celadora, o que su firma en el contrato fue falsificada, no logró colmar las aspiraciones de la demandada de inducir en error a la inspectora: adujo además que el terreno tenía un área mayor a la del objeto de la diligencia ya que estaba conformado por dieciocho metros de frente y catorce de fondo, todo lo cual dio lugar a suspender la diligencia.

La Corte observa que el hecho de que la demandada, además del inmueble objeto de la diligencia, invocara ocupar un terreno de mayor extensión, no implicaba en manera alguna que el lanzamiento no pudiera ser decretado en esa oportunidad, toda vez que resolver si era o no poseedora de otro predio distinto correspondía a cuestión que escapaba a la finalidad de ejecutar la sentencia proferida, y debía ser resuelta por otros mecanismos y ante la autoridad competente para definir el asunto.

Ello fue precisamente lo advertido por el apoderado de la parte actora al señalar que “comedidamente manifiesto al Despacho que a pesar que aparentemente los demandados ocupan también un inmueble contiguo al en que (sic) nos encontramos se ha logrado establecer que la cabida del inmueble objeto de la diligencia es la señalada en el Despacho Comisorio y el hecho de que la parte demandada ocupe otro inmueble, no es óbice para la determinación del bien ya que como expresamente lo señala el comitente el inmueble objeto de la diligencia tiene una cabida de 6 metros de frente por 14 de fondo y repito en nada incide que los demandados ocupen otro inmueble contiguo”.

Destácase que en ningún momento el apoderado del demandante en el proceso de lanzamiento estaba solicitando la restitución del predio aledaño que decía poseer la demandada, sino del inmueble que le había sido dado en arrendamiento mediante el contrato resuelto en la sentencia.

Sin embargo, y a pesar de dejar en claro que el inmueble donde se encontraba la funcionaria era el mismo cuya restitución había sido decretada en la decisión judicial ejecutoriada, el mencionado profesional del derecho solicitó la suspensión de la diligencia, no por haberse dejado de individualizar el bien como erradamente fue interpretado por el Tribunal, sino con el propósito de aclarar ante el funcionario comitente el tema de la nomenclatura debido a que se colocó una placa de identificación distinta.

Fueron de tal precisión los motivos aducidos para solicitar la suspensión de la diligencia, que el doctor CAMPO ELIAS SERRANO GUARIN -nuevo mandatario judicial del actor- solicitó expresamente ante el Juzgado de conocimiento se tuvieran como linderos del inmueble los presentados en la demanda, y como placa de identificación del bien a restituir la correspondiente al número 40 A 79 “por cuanto en un comienzo la acción comunal del barrio le asignó el No. 40-19 número que posteriormente fue reformado por la empresa de energía”.

Aclaró igualmente en dicho memorial, que “con la presentación de la demanda se fijó como número el 40-19; posteriormente fue modificado por el 40 A 79; motivo por el cual en la diligencia realizada por la Inspección 1 D Distrital de Policía el día 2 de noviembre (sic) del año en curso, la inspectora se vio en la necesidad de suspender dicha diligencia al ser presentada por los moradores la placa asignada por la empresa de energía eléctrica 40 A 79. Número oficial no hay” (fl. 15 anexo).

Esta petición fue resuelta por el doctor PELAEZ NIETO en proveído de treinta de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, mediante el cual dispuso devolver el despacho comisorio para su diligenciamiento por el funcionario comisionado, amplió el término y señaló que la entrega del inmueble se haría teniendo en cuenta los linderos, y con facultad de decretar las pruebas que se consideraran del caso para su identificación.

Pero la inducción en error a la comisionada por cuenta de la señora FONSECA DE PUERTO, no se limitó a las actitudes asumidas en la primera diligencia; en esta nueva oportunidad para impedir la restitución del inmueble recibido en arrendamiento y, con ello, el cumplimiento de la sentencia, acudió al expediente de clausurar con ladrillo y cemento la puerta de entrada al citado bien, para abrir una puerta de acceso al terreno aledaño, asignándole el número 40 A 91 que ni siquiera corresponde a alguno de los bienes identificados en la inspección judicial practicada en la etapa de instrucción, con el agravante de impedir su acceso por estar asegurada con cadena y candado.

De ello dio cuenta la comisionada en el acta suscrita el dos de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (fl. 20 anexo) quien por ese motivo dejó expresa constancia que en las aludidas condiciones “ni siquiera se puede alinderar” el inmueble.

Esta conducta a todas luces fraudulenta, determinó que la comisionada incurriera de nuevo en el error de no hacer uso de las disposiciones procesales (art. 113 del C. de P.

C. vigente por la época) que le facultaban decretar el allanamiento y penetrar al inmueble “aún contra la voluntad” de quienes lo habitaran u ocuparan.

En lugar de cumplir la orden judicial cuya ejecución se le encomendó, la funcionaria comisionada a fin de tratar de salir del error a que se le indujo, no encontró más salida que decretar, sin ser procedente, el recaudo de algunas pruebas, las cuales, dadas las circunstancias de ubicación del inmueble en un barrio anormalmente constituido, en nada contribuirían a clarificar una situación que no requería aclaración, pues además de tenerse certeza en esos momentos que el bien habitado por Blanca Fonseca era el llamado a ser restituido, las pruebas echadas de menos carecían de potencialidad para convertirlo en uno distinto, como posteriormente fuera demostrado en este proceso, pues las autoridades distritales certificaron la inexistencia en los registros de las aludidas nomenclaturas, y que el predio de gran extensión donde fue construido el barrio, era un espacio de uso público de propiedad del Distrito Especial.

Precisamente, a consecuencia de haber detectado el engaño de que había sido objeto la comisionada, el apoderado de la parte actora hizo manifiesta su inconformidad con el giro dado a la diligencia y dejó en claro no habersele permitido demostrar la alinderación del inmueble a restituir, el cual, además, correspondía con el lugar donde fue realizada la diligencia anterior, atendida por los mismos moradores que en esa segunda oportunidad intervenían.

El repetido episodio entorpecedor del cumplimiento de una sentencia judicial, en contra de los intereses de la parte que había resultado favorecida en el proceso de lanzamiento, la incapacidad de la funcionaria comisionada para cumplir la orden de ejecución impartida, y el tiempo transcurrido desde la fecha en que el fallo adquirió ejecutoria, motivó al apoderado del demandante a solicitar al funcionario de conocimiento “se sirva practicar personalmente y en la medida de lo posible, la diligencia de entrega del bien objeto de lanzamiento, para dar cumplimiento a lo dispuesto en su sentencia de fecha Julio 25 de

1988”.

La justificación expuesta para elevar la citada petición, confirma aún más aquello que la actuación objetivamente hace evidente la cual, sin embargo, no fue observada por el Tribunal, pues se adujo tal necesidad “para que se pueda llevar a cabo la ejecución de la sentencia de lanzamiento contra ALFONSO RAMOS y BLANCA FONSECA, y teniendo en cuenta que los arrendatarios en forma dolosa han impedido la práctica de la diligencia” (fl. 36 anexo).

De lo expuesto surge cierto que en esos momentos, de conformidad con las normas procesales aplicables, la demandada no podía ser oída, el trámite no admitía período probatorio, y el único derecho que aparecía conculcado era el de la parte que resultó triunfante dentro del proceso, a consecuencia de las maniobras llevadas a cabo por BLANCA FONSECA a fin de impedir la ejecución del fallo que le fue adverso, y la falta de claridad de la comisionada para establecer la situación y aplicar los procedimientos correspondientes.

Debido a esto, el doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO, actuando como Juez Cincuenta y Ocho Civil Municipal de Bogotá por el cambio de nominación del Despacho a su cargo, como ya fue advertido, en ejercicio del poder de ejecución de los fallos judiciales otorgado por el ordenamiento procesal (arts. 334 y ss. C. de P. C.), el ocho de marzo de mil novecientos noventa señaló el 30 de abril de esa anualidad, a partir de las nueve de la mañana como fecha para llevar a cabo la diligencia de lanzamiento, para la cual requirió el concurso de cinco Agentes de la Policía a fin de que brindaran el apoyo correspondiente (fl. 51 anexo).

En ese punto de la actuación ya aparece descartada alguna intención proclive del funcionario en la definición del asunto a su cargo, pues de haber ella existido, no habría comisionado en dos oportunidades a la inspectora para que ejecutara el fallo proferido,

sino que lo habría hecho directamente desde un comienzo, aspecto que no obstante ser relevante frente a la determinación de la culpabilidad dolosa con que se le imputa haber actuado, que ameritando alguna ponderación en la definición de la responsabilidad penal del acusado, se omite considerar en la fundamentación del fallo censurado.

El día programado, acudió al inmueble objeto de la diligencia junto con REGINA SANCHEZ LEON, empleada del juzgado, quien actuó como secretaria ad hoc, el Subteniente de la Policía JUAN CARLOS CUBILLOS BECERRA, comandante del cuerpo de apoyo, y el doctor GERMAN CUBILLOS ROJAS, apoderado de la parte actora, siendo atendidos, al igual que aconteció en las dos diligencias anteriores, por la demandada señora MARIA ANA BLANCA FONSECA DE PUERTO.

En uso de la palabra el apoderado del demandante -en perfecta correspondencia con lo sostenido en el curso de la ejecución del fallo y en muestra elocuente de lo afirmado por la Corte-, solicitó al funcionario la identificación del inmueble objeto de restitución teniendo en cuenta: que la diligencia es atendida por la arrendataria demandada dentro del proceso; que de las actuaciones realizadas por la Inspección de Policía los días 10. de noviembre de 1988 y 2 de febrero de 1989 se establece que la demandada varió la identificación del inmueble cambiando la puerta de acceso y modificando su nomenclatura a fin de evadir el cumplimiento de la sentencia; que a tenor del artículo 76 del C. P. C. los inmuebles se determinan por su ubicación, linderos y demás circunstancias que los identifiquen; y, en conclusión, que la diligencia trata del inmueble dado en arrendamiento debiendo procederse al lanzamiento de la demandada. Pidió, además, no oír a los demandados por no haber cancelado los cánones adeudados. Todo ello, acorde con la normatividad procesal que regula esta clase de actuaciones, vigente para la época.

Para resolver la petición, precisó el funcionario que procedería a identificar el inmueble objeto de restitución, de conformidad con los datos insertos en el contrato de arrendamiento, documento idóneo que sirvió de base a la resolución del pleito, a lo cual

procedió seguidamente.

Luego de citar el contenido del artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época, según el cual, “las demandas que versen sobre bienes inmuebles, los especificarán por su ubicación, linderos, nomenclatura y demás circunstancias que los identifiquen” señaló además el funcionario que la persona que atiende la diligencia se identifica como BLANCA FONSECA, quien de acuerdo con la cédula de ciudadanía que exhibió, corresponde a la arrendataria referida en el contrato, “circunstancia tal que sirve para que el suscrito Juez, tenga la certeza que estamos en el inmueble del que se ha solicitado la restitución”.

Con posterioridad a haber declarado tener por identificado el inmueble objeto de la diligencia, y de haberle reconocido personería al doctor HECTOR ARTUNDUAGA PENAGOS para actuar como apoderado de la demandada, concedió el uso de la palabra a este profesional quien manifestó oponerse a que su representada fuera “lanzada del predio donde nos encontramos”, y solicitó “identificar plenamente el inmueble objeto de restitución, teniendo en cuenta las medidas insertas en la respectiva contrato (sic) de arrendamiento, toda vez que mi representada está ocupando un predio de mayor extensión al señalado en dicho contrato y además por el costado sur el globo de terreno que ocupa mi representada no linda únicamente con el Sr. Julio Guarín, sino que además linda con otras dos familias como se podrá constatar. Igualmente por el costado occidental linda con MILCIADES FORERO, en conclusión, el predio ocupado por mi representada linda por el norte en 18 metros, por el costado sur, igualmente en 18 metros, por el costado oriental en extensión de 18 metros y por el costado occidental en extensión de 14 metros”.

El apoderado del actor, por su parte, insistió en el lanzamiento por haberse identificado el predio, y que de conformidad con el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil los demandados no podían ser oídos por no acreditar hallarse al día en

los cánones de arrendamiento adeudados.

Para decidir el punto planteado, según de ello da cuenta el acta de la diligencia, el doctor PELAEZ NIETO tomó en consideración lo dispuesto por los artículos 337 y 338 del Código de Procedimiento Civil que excluyen la posibilidad de que los demandados puedan ejercer oposición, y establecen que por no estar al día en el pago de los cánones de arrendamiento no pueden ser escuchadas sus peticiones. Agregó que si bien le reconoció personería al apoderado de la demandada, lo hizo en cumplimiento del precepto contenido en el artículo 26 de la C. N. vigente en la fecha, y que el inmueble fue identificado acorde con los datos que sobre él aparecen registrados en el contrato de arrendamiento y la circunstancia de hallar habitándolo a la demandada.

Con estos argumentos, ajustados al régimen que le correspondía aplicar, el Doctor PELAEZ NIETO rechazó la oposición ilegalmente propuesta y decretó “el lanzamiento de los demandados ALFONSO RAMOS y BLANCA FONSECA del inmueble objeto de la restitución”, con lo cual se descarta que el funcionario acusado hubiere formalmente emitido providencia manifiestamente ilegal, como de modo opuesto es declarado en el fallo objeto de recurso, pues la decisión por él adoptada, y de la cual da cuenta el acta de la diligencia, no se refirió a un inmueble distinto del objeto del proceso cuya restitución debía proveer.

El Tribunal interpreta equivocadamente los hechos; deja de valorar el error en que fueron inducidos los funcionarios por la demandada BLANCA FONSECA y da por cierto lo manifestado por el doctor HECTOR ARTUNDUAGA en la diligencia de lanzamiento, al considerar probado que aquélla ocupaba un predio de mayor extensión al que debía ser objeto de la diligencia, a cuya equivocada conclusión llega tomando por cierto el dicho de vecinos del lugar quienes dicen conocer que la demandada “rellenó” el citado terreno, “donde tenía un jardín, pues era madre comunitaria, algunos de ellos identificaron los tres predios que aparecen en las fotografías del fl. 121 ss. y en el plano del 129,

como el globo de terreno que habitaba la demandada”.

La Corte entiende que el asunto en debate en verdad no era de fácil definición para el a quo, precisamente a consecuencia del innecesario giro investigativo que del mismo hizo la Fiscalía encargada de la instrucción, pues ésta se ocupó más que en demostrar o desvirtuar el hecho de apariencia delictiva puesto en conocimiento de la jurisdicción, a establecer si la señora BLANCA FONSECA era o no poseedora de dos lotes aledaños al inmueble recibido en arrendamiento.

Esta última cuestión, aún de ser cierta, no le competía definirla al Juez que llevó a cabo la restitución del inmueble, doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO, como ha sido sostenido por él a lo largo del proceso, por no ser ese el objeto del asunto de su conocimiento, ni el de la diligencia con la cual daba ejecución al fallo ejecutoriado.

Tampoco a la especialidad penal de la jurisdicción, pues de ocuparse de ello, como erradamente lo hizo el Tribunal, no solamente resultaría beneficiando a quien, como ya se anotó, asumió una conducta procesal reprochable en extremo, sino que, además de suponer el reconocimiento de un derecho por fuera del procedimiento legalmente establecido, desborda el ámbito en que opera el ejercicio de la acción penal estatal, por incursionar de modo indebido en la solución de litigios de naturaleza eminentemente civil.

No obstante, la Fiscalía en la acusación, dejando de ponderar frente al ordenamiento jurídico las maniobras llevadas a cabo por la demandada, y la incidencia que ellas tuvieron en las determinaciones adoptadas por el funcionario acusado, sin mencionar siquiera la disposición normativa en que se basan sus apreciaciones, respecto de la conducta procesal asumida por la señora FONSECA DE PUERTO afirma simplemente que “resultaba válida su oposición como poseedora del bien inmueble o de los bienes inmuebles no comprendidos dentro del inmueble arrendado”, y la justifica por “su

querer manifiesto en no ser lanzada del inmueble arrendado” y “su persistencia en reclamar el reconocimiento respecto a que el inmueble que ella ocupaba era de mayor extensión pues de tiempo atrás venía poseyendo dos lotes de terreno contiguos al arrendado”, nada de lo cual corresponde con el objeto del trámite que debía ser cumplido por el Juez Civil Municipal.

Y el Tribunal, por su parte, también incurriendo en el mismo error en la determinación del objeto propio del juicio penal, toma como cierto lo afirmado por el abogado Héctor Artunduaga, Julio Hernández, Mercedes Barrera Rodríguez, Jorge Enrique Forero y Germán Cubillos Rojas y declaró que efectivamente BLANCA FONSECA ocupaba un predio de mayor extensión al reseñado en el contrato de arrendamiento y que por tanto, resultaba válida su oposición al lanzamiento.

Pero la complejidad del proceso penal advertida por la Corte, en manera alguna significa que en la ponderación judicial de los hechos y las pruebas de ellos, se autorice dejar de establecer la trascendencia de circunstancias relevantes en la definición del asunto puesto en conocimiento de la jurisdicción, por la incidencia que pueden tener en la tipicidad de la conducta, la existencia de causales de justificación, y aún en la culpabilidad del actor.

Esta omisión del Tribunal en valorar conductas reprochables como las realizadas por la demandada y su abogado, determinó la errada resolución del juicio, si se toma en cuenta que fue precisamente debido a ellas que el Juez se vio precisado a proveer personalmente el cumplimiento estricto de la declaración de justicia contenida en el fallo proferido, haciendo uso de las disposiciones legales vigentes contenidas en los artículos 337, 338 y 434 el C. de P. C., que le autorizaban proceder aún contra la voluntad de la parte vencida, entregando al demandante el terreno cuya restitución dispuso, no oyendo a la demandada por no estar al día en el pago de los cánones adeudados y por presentar oposición referida a un predio distinto.

Destaca la Corte, además, que debido a la falta de rigor en la comprensión del hecho juzgado, en el fallo se dio aplicación indebida del precepto normativo que define el tipo de prevaricato activo, ya que dentro de las consideraciones expuestas por el a quo no se desentraña con precisión en qué consiste exactamente la acción que se califica de prevaricante, cómo ella resulta manifiestamente contraria al sentido de la ley, ni cuál la norma que obligaba al funcionario proceder de manera distinta a como lo hizo, pues no se establece con certeza si el reproche es formulado por haber omitido individualizar el bien objeto de entrega, no haber medido sus linderos, no haber admitido la oposición presentada por el apoderado de la demandante, dejar de recaudar las pruebas decretadas por la Inspectora Comisionada, por haber llevado a término la diligencia de entrega debiendo haberla suspendido, haber permitido la intervención del Mayor de la Policía Arcadio Vargas, no haber declarado la condición de poseedora de Blanca Fonseca sobre la totalidad del globo de terreno o parte de él, haberla lanzado del inmueble recibido en arrendamiento o dispuesto el desalojo del inmueble aledaño y haber entregado éste a la parte actora, ni en qué parte del acta levantada con ocasión de la diligencia se establece que el funcionario hubiere adoptado alguna de estas determinaciones, a las cuales, sin embargo, hace referencia de manera indiscriminada, pero sin llegar a concretar, siendo imperativo hacerlo, cuáles de dichas actuaciones estuvieron acordes a derecho y cuáles constituyen el fundamento de la imputación delictiva.

No obstante, como ya ha sido advertido, de los términos de la acusación se colige que por el trámite y el contenido de la sentencia proferida por el doctor PELAEZ NIETO en que se define el litigio, ningún reproche de trascendencia penal formula el organismo acusador, como tampoco por haber decidido ejecutar personalmente el fallo proferido atendiendo los incidentes suscitados por la parte demandada, lo que per-se descarta la atribución de realización delictiva por dichos aspectos, toda vez que, de una parte, el adelantamiento del trámite y el fallo proferido estuvieron acordes al rito preestablecido por el artículo 434

del Código de Procedimiento Penal, y, de otra, la ley entonces vigente (art. 337 ejusdem), facultaba al funcionario judicial que haya conocido del proceso en primera instancia a proveer la entrega de bienes que hubiere sido ordenada mediante sentencia ejecutoriada.

Y a pesar de la advertida falta de claridad en los fundamentos expuestos en el fallo impugnado, es de entenderse que la imputación delictiva por prevaricato activo consiste en afirmar que en la diligencia de restitución llevada a cabo el 30 de abril de 1990, el Juez no dio cumplimiento a lo previsto por el artículo 76 del C. de P. C. vigente por la época de los hechos, al considerar el Tribunal que el funcionario acusado efectuó la identificación del predio sobre generalidades, debiendo hacerlo sobre su ubicación, linderos, nomenclatura y demás que permitieran su individualización, conforme al mandato legal en cita, y por entender que dispuso la entrega a la parte demandante, de un terreno de área mayor a aquél ordenado restituir.

En tratándose de la definición típica de prevaricato, establecer si el comportamiento noticiado a la jurisdicción es o no constitutivo de delito, por supuesto, resulta tarea compleja, atendiendo la redacción del precepto que no contiene simplemente un supuesto de hecho de naturaleza descriptiva, sino que exige la necesidad de realizar juicio de valor en lo relacionado con el componente típico de ser la “resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley” que involucra al tiempo el concepto de dañosidad social en la conducta.

Si además se toma en consideración que el tipo de prevaricato requiere que el agente conozca el carácter ilícito de su comportamiento y decida, sin embargo, llevarlo a cabo, lo cual excluye la posibilidad de realización culposa, se tiene que el problema adquiere otros matices, pues en tales condiciones resulta obvio que la presencia de alguna causal de inculpabilidad tendría incidencia directa en la exclusión de responsabilidad penal del sujeto implicado.

Si como acontece con toda conducta sancionada, para cuya relevancia social y penal debe ser típica, antijurídica y culpable (art. 2º del C.P.), dependiendo de la concepción que se tenga sobre la estructura del delito el examen de cada una de estas categorías puede ser llevado a cabo de manera separada o conjunta, aunque debe reconocerse que no obstante el procedimiento que en su evaluación jurídica eventualmente se adopte, el resultado es igualmente idéntico desde el punto de vista penal, dado que la dogmática hoy vigente, lo permite.

De acudir a una concepción objetiva de la tipicidad, según la cual la definición típica comprende únicamente la manifestación externa de la conducta, con prescindencia de todo elemento subjetivo, la ausencia de correspondencia entre lo llevado a cabo y las definiciones de comportamiento previstas como prohibidas por el ordenamiento penal, conllevaría necesariamente tener por comprobada la atipicidad, haciéndose innecesario el estudio de los restantes elementos que integran el delito, y concluir en absolución.

Igualmente; de llegar a compartirse la concepción de tipo total de injusto a partir de los desarrollos finalistas que defienden las teorías normativas de la culpabilidad y los elementos subjetivos del injusto, según las cuales, tanto el dolo como la culpa no constituyen elemento de los que deba ocuparse la categoría de la culpabilidad sino de la acción o el tipo, habría que reconocer, asimismo, que también en los eventos de existir causales de justificación, o de error sobre su presencia, la comprobación de la tipicidad resulta negativa, siendo, por tanto, procedente dictar sentencia de carácter absolutorio, independientemente de las consecuencias en otros ámbitos.

Lo dicho, como es obvio, no constituye pretensión por agotar el examen de las distintas posturas que se han venido desarrollando en torno al tema, pero sí comporta ejercicio válido para destacar que no empece los variados esquemas establecidos para abordar el tema de la tipicidad todos podrían dar lugar a descartar eventualmente la configuración de esta categoría jurídica en la definición de un caso concreto, y, de

contera, el carácter delictivo de la conducta cuando ella realmente hubiere existido.

En el presente evento, sin dejar de reconocer las varias posibilidades que la doctrina ofrece y la complejidad que el asunto materia de consideración presenta, se optará por la resolución del caso estableciendo si de manera objetiva la imputación de haber omitido medir los linderos del terreno objeto de restitución y, por esta vía, transgredido el precepto contenido en el artículo 76 del C. de P. C., o la relacionada con la decisión no incorporada en el acta de la diligencia de restitución, de entregar un bien de mayor extensión al objeto de restitución, evidentemente tuvieron realización, y si alguna de dichas conductas corresponde a la definición típica que del delito de prevaricato activo establece el artículo 149 del C. P., pues de llegarse al resultado negativo, esto es, que el Doctor Peláez Nieto no profirió decisión manifiestamente contraria a la ley, el examen de los demás elementos del delito, resulta asaz lógicamente innecesario.

Prescindiendo del asunto relacionado con la nomenclatura del inmueble, el cual, como ya se vio, fue imposible determinar para los funcionarios que en las tres ocasiones intervinieron en la diligencia de lanzamiento, debido precisamente al fraude procesal cometido por la señora BLANCA FONSECA -en la actualidad prescrito lo que impide a la Corte expedir copias para su averiguación penal- al cotejar los linderos del inmueble señalados en el contrato de arrendamiento, la demanda, la sentencia y el acta de la diligencia levantada el 30 de abril de 1990, se tiene que entre todos ellos existe plena coincidencia, así no se hubieren precisado las longitudes de cada uno de los costados, pues dicho procedimiento que el Tribunal señala debió cumplir el funcionario, no lo establece el contenido del artículo 76 del C. de P.C. ni lo ordenan los artículos 337, 338 y 434 ejusdem.

Recuérdese que los linderos especiales determinados en el contrato de arrendamiento base de la acción civil, fueron los siguientes:

“Por el oriente en 14 metros con lote de propiedad del arrendador. Por el occidente en 14 metros con lote también del arrendador. Por el norte en 6 metros con la calle 197. Por el sur en 6 metros con propiedad del sr. JULIO GUARIN”.

Y que en la diligencia de lanzamiento realizada el 30 de abril de 1990, el doctor PELAEZ NIETO precisó los linderos del inmueble de la siguiente manera:

“Por el Norte con la calle 197 de la actual nomenclatura urbana de Bogotá, por el Sur con propiedad de JULIO GUARIN, por el Oriente con inmueble distinguido hoy con el número de nomenclatura (sic) 40 A 73 de la calle 197, por el occidente con inmueble sin número de nomenclatura visible” (Subrayas fuera de texto).

La cuestión viene a ser totalmente clarificada con el levantamiento topográfico y las fotografías tomadas al inmueble con ocasión de la inspección judicial dispuesta en la etapa de instrucción, cuyos resultados, no obstante su objetividad, fueron apreciados erradamente por el juzgador de primera instancia, pues si se analizan los límites del inmueble así individualizado por el Juez acusado con el plano que obra a folios 129, se establece que el lindero oriental, corresponde a lo que en el plano se identifica como tienda de BERNARDINO BRICEÑO, ubicada en la calle 197 número 40 A 73; cuando precisa que por el sur el bien objeto de restitución colinda con el inmueble de propiedad de JULIO GUARIN, no hace otra cosa el funcionario que señalar la coincidencia del lindero por esa parte del inmueble con la precisada en el contrato, la demanda y el fallo, y dadas las condiciones de realización de la diligencia no vio necesario, como lo pretendía el apoderado de la demandada, individualizar los colindantes por ese costado respecto de un inmueble que no era objeto de reclamación, como tampoco encontró pertinente medir la longitud, puesto que si coincidía, como lo reza el contrato, con la propiedad de Julio Guarín, era de esperarse la coincidencia con los seis metros precisados en el contrato.

Tratándose entonces de un inmueble rectangular, de seis metros de frente por

catorce de fondo, respecto del cual ya se habían identificado tres de sus costados, resultaba razonable que el Juez estimara innecesaria la individualización del costado occidental, pues en tales condiciones parecía obvio que su longitud no podía ser mayor al lindero ya determinado de Julio Guarín por el costado sur, como tampoco a la longitud del lindero con Bernardino Briceño por el costado oriental.

Ha quedado expuesto que la diligencia tuvo lugar en el bien objeto de la entrega, que los linderos estuvieron claramente delimitados, acorde con los parámetros previstos al efecto por el artículo 76 del C. de P.C. de entonces, y que la nomenclatura no podía ser establecida dadas las variaciones introducidas fraudulentamente por la demandada y el hecho de tratarse de un barrio de invasión. Debe advertirse, asimismo, que la tan reiterada omisión del funcionario de tomar las medidas de los linderos del terreno a entregar, carece de la connotación jurídica que la acusación y el fallo otorgan, pues está visto que además de no aparecer contemplada en la ley procesal entonces vigente, tampoco ahora (art. 337, par. 4º del C. de P. C. -modificado por el D. E. 2282/89 art. 1º. Num. 159-), como mecanismo legal de obligatorio cumplimiento en las diligencias de restitución de inmuebles, carecía de la potencialidad de convertir el bien objeto de la entrega en otro distinto, dado que al coincidir los datos insertos en el proceso, con los observados por el doctor Peláez Nieto al momento de llevarse a cabo la diligencia, no le generaban ninguna duda al respecto.

Tanto es esto, que precisamente con miras a precaver e introducir correctivos a la práctica desleal de acudir a maniobras dilatorias con la finalidad evidente de impedir o entorpecer la ejecución de los fallos judiciales referidos a inmuebles (como las realizadas por la demandada y su apoderado en el asunto de conocimiento del Juez Peláez Nieto), el nuevo ordenamiento procesal civil establece que “para efectos de la entrega de un inmueble, no es indispensable recorrer ni identificar los linderos, cuando al juez o al comisionado no le quede duda acerca de que se trata del mismo bien” (se destaca) (D. E. 2282/89 art. 1º. Num. 159, Parágrafo 4º), con cuya puesta en vigencia el legislador no

hace otra cosa que reafirmar las facultades y poderes del juez en orden a lograr que sus decisiones tengan cumplimiento efectivo, y con ello, preservar la vigencia del ordenamiento jurídico por encima de las actitudes fraudulentas de las partes en la actuación judicial.

De lo anterior se tiene que fue entonces la casalote recibida en arrendamiento por BLANCA FONSECA, de la que hizo entrega el funcionario al apoderado de la parte actora, pues los términos vinculantes del acta levantada en la diligencia así lo indican.

Cosa distinta es que por fuera de las decisiones adoptadas formalmente por el funcionario y contenidas en el acta de la diligencia de entrega, la denunciante afirme habersele desposeído de los dos lotes de terreno sobre los cuales decía ejercer actos de señorío, y que para lograr el reconocimiento de los derechos que dijo tener, sin acudir al procedimiento preestablecido a esos propósitos, como ya lo había exteriorizado en las diligencias anteriores, persiguiera entorpecer la práctica de la diligencia de restitución y además, que el Juez la dejara en posesión de un terreno distinto, lo cual, por supuesto, no estaba dentro de la órbita de las funciones de éste, pues ninguna de las normas que le correspondía aplicar así lo establecen, ni ese era el objeto del proceso finiquitado con sentencia cuya ejecución debía proveer.

Asiste razón al impugnante al exteriorizar inconformidad con los supuestos fácticos del fallo objeto de censura, pues contrario a lo sostenido por la noticiante y lo declarado por el Tribunal, el proceso hace evidente que los bienes muebles que fueron lanzados a la calle, estaban ubicados en la casalote motivo de la acción civil y recibida en arrendamiento por Blanca Fonseca, y que era allí donde se encontraban las mesas destinadas al jardín infantil. A este respecto, cabe recordar el testimonio de REGINA SANCHEZ LEON, empleada del juzgado que fungió como secretaria ad hoc, del cual se establece que los niños estaban en la habitación del inmueble y que allí igualmente se hallaban mesas y sillas pequeñas, una de las cuales ocupó para levantar el acta, y que en la parte de

atrás existía un lavadero de ropa, con lo cual se desvirtúa la afirmación hecha en la acusación en el sentido de haberse dispuesto el lanzamiento de un bien distinto.

Lo expuesto resulta más evidente por el hecho de tratarse de bienes no habitados por carecer de construcción alguna, como lo refirieron el procesado, MERCEDES BARRERA quien dijo que lo construido se hallaba ubicado contra la propiedad de Julio Briceño (fl. 204), JORGE ENRIQUE FORERO quien señaló que el lanzamiento se efectuó donde la denunciante tenía la casa (fl. 231), el abogado GERMAN CUBILLOS quien expuso que el inmueble sobre el que se decretó el lanzamiento era el único construido en el sector pues los siguientes eran lotes desocupados (fl. 235), la propia inspectora doctora GLORIA PENAGOS PARGA quien adujo que al lado del lugar destinado al jardín había un patio sin construcción alguna (fl. 272), y el Teniente de la Policía que brindó apoyo, quien dijo que al costado derecho del inmueble no había construcción (fl. 282), lo cual descarta de antemano la afirmación de la denunciante y su abogado en el sentido de que en los terrenos aledaños al objeto de la diligencia existía construida una pieza de habitación de donde también fue lanzada, como para dar en suponer que el doctor Peláez Nieto hubiese dispuesto el desalojo de la demandada de un predio distinto de aquél que, según los términos de la sentencia, debía restituir.

Ahora, frente al reproche que el Tribunal formula al procesado, de no haber desplegado actividad alguna en orden a recaudar las pruebas decretadas por la inspectora comisionada en la diligencia anterior, como fue sugerido por la empleada Sánchez León en el curso de su declaración, debe decir la Corte, que los jueces en sus providencias están solamente sometidos al imperio de la ley, no obstante el precepto constitucional explícito a ese respecto solo hubiera sido consagrado en la Carta de 1991, posterior a los hechos, sin que su cumplimiento se halle condicionado a la particular percepción que de los hechos tengan los sujetos procesales; menos al criterio de subalternos del Despacho, salvo que estos expongan anticipadamente la posibilidad de hallarse incurso el funcionario en la realización de algún tipo penal de mantener la decisión o actuación de la

cual no participan, no siendo este el caso presente donde el criterio de la empleada fue expuesto ex post facto, y sin siquiera cuestionar el contenido de lo actuado o el sentido de lo decidido.

En este caso, al haber individualizado en los términos previstos por el ordenamiento jurídico el terreno objeto de entrega, actuar conforme a la disposición normativa que le impedía tramitar oposición al desalojo -formulada por la parte demandada-, no estar obligado normativamente a tener que medir el bien a restituir, o declarar la posesión de un bien no objeto de la diligencia, se establece, contrario a lo declarado en la decisión ameritada, que el Juez acusado no realizó el tipo de prevaricato a él atribuido, pues tampoco existía norma alguna que le ordenara practicar pruebas en orden a verificar los razonamientos expuestos por el apoderado de la parte vencida en el proceso judicial. De proceder en la forma como afirma el Tribunal debió hacerlo, no solamente conduciría a dejar en indefinición el derecho reconocido en la parte dispositiva del fallo ejecutoriado, sino que, además, implicaría aplicar un procedimiento no previsto en la legislación para la clase de diligencia que le correspondía llevar a cabo, de índole incidental en un proceso concluido.

Al efecto ha de tomarse en cuenta, asimismo, que el recaudo de las escrituras o los certificados de instrumentos públicos echados de menos por la Inspectora, no tenían vocación de desvirtuar el contenido del proceso ni el objeto de la diligencia, toda vez que no se estaba discutiendo derecho de dominio o posesión sobre el bien dado en arrendamiento, sino que la diligencia trataba tan solo de la restitución de un inmueble ya individualizado en la demanda, sentencia y diligencia de lanzamiento, en los términos en que lo entendió el funcionario, acorde con las particulares circunstancias de la actuación llevada a cabo, sin compromiso expreso de otros derechos reales o personales que sobre el mismo pudieran existir, tal y como repetidamente lo sostuvo el doctor PELAEZ NIETO las veces que fue escuchado en descargos durante el trámite penal.

También es de resaltarse que las comunicaciones recibidas del Departamento Administrativo de Catastro Distrital (fl. 179), el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá (fl. 344), y la Procuraduría de Bienes de la Alcaldía Mayor (fl. 354) confirman lo sostenido por el procesado sobre la inutilidad de decretar pruebas en orden a establecer la nomenclatura del inmueble, por hallarse ubicado en un barrio de invasión. Dijo al respecto: “Es evidente que las pruebas ordenadas por la inspección de policía en mi opinión en esa época, no sé ahora, no eran fácilmente conseguirse (sic) porque dicho lote se encuentra ubicado en lo que se llama la Urbanización CANAIMA, dicha urbanización ha sido invadida por quienes en esa época tenían posesiones, es ilógico que se alleguen pruebas para una diligencia de lanzamiento cuando allí no se está discutiendo derecho de dominio, derecho de propiedad, sino que, la base o prueba idónea es el contrato de arrendamiento, estas, las pruebas ordenadas por la inspectora, son propias para esgrimirse o presentarse en un proceso de servidumbres, o en un proceso reivindicatorio” (fls. 101 y 102).

Y la constancia dejada en el acta de la diligencia por el apoderado de la parte demandada, por sí sola, tampoco hace patente que el funcionario hubiese adoptado decisión alguna con cuyo proferimiento incurriera en alguna infracción penal, menos aún si se toma en consideración que los precisos términos señalados en el acta de entrega sobre la identificación del inmueble, coincidentes con lo requerido en la demanda y el contrato de arrendamiento, incluso con el plano levantado durante la fase de instrucción, dan sustento a lo afirmado por el doctor Peláez Nieto en sus descargos quien señaló haber entregado el bien como cuerpo cierto. Además, es claro que la parte vencida no podía ejercer oposición a la restitución dispuesta en el fallo judicial, precisamente ante la imposibilidad jurídica de ser escuchada por no haber cancelado los cánones adeudados (art. 434.5 del C. P. C. por entonces vigente).

Del mismo modo al procesado se le imputa no haber escuchado al apoderado de la demandada en su oposición, haciendo ver que ésta se producía en relación con el globo

de mayor extensión y que sobre ella sí debió oírlo el funcionario. Esta apreciación del Tribunal, no obstante, va en contravía de la realidad que el acta de la diligencia evidencia, el objeto mismo del proceso de restitución de inmueble al arrendador, y desconoce que dentro de las facultades del funcionario no se halla contemplada la posibilidad jurídica de pervertir la actuación y declarar una presunta posesión sobre un terreno distinto.

Al respecto dígase que asiste razón al impugnante cuando destaca que el apoderado de la demandada expresamente anunció oponerse al lanzamiento del inmueble “donde nos encontramos”, esto es el que había sido recibido en arrendamiento por BLANCA FONSECA quien también se hallaba presente, pues no de otra manera puede entenderse que en ese sitio se estaba levantando el acta de la diligencia como lo refirió la empleada del juzgado que actuó como secretaria ad hoc, oposición que no resultaba procedente admitirla por razón de provenir de la parte vencida con el fallo, y la imposibilidad jurídica de poder escucharla dado que la demanda se había fundado en la mora en el pago de los cánones de arrendamiento.

Y, aún suponiendo acertada la afirmación del A quo en el sentido de que la pretendida oposición se refería a los terrenos aledaños al que debía restituirse en la diligencia y sobre los que decía ejercer actos de señorío, en las circunstancias en que la diligencia tuvo lugar para la Corte es claro que al doctor PELAEZ NIETO no le competía declarar probada la pregonada posesión puesto que ese no era, ni podía ser su objeto, con lo cual desde esa perspectiva, igual la imputación por prevaricato carece de fundamento.

Se tiene entonces, que del proceso objetivamente se establece, contrario a lo declarado en la acusación y el fallo, que el doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO procedió acorde con el régimen que estaba obligado a aplicar, y que en ejercicio de la competencia atribuida por los artículos 337, 338 y 434 del C. de P. C., en la fase de ejecución de la sentencia proferida restituyó a la parte demandante el predio individualizado en la

demanda y el fallo conforme a los lineamientos del artículo 76 ejusdem, sin que hubiera procedido a entregar un bien diverso del señalado en el contrato de arrendamiento, la demanda y la propia sentencia, como en sentido opuesto ha sido afirmado, lo cual indica que por no haber proferido decisión manifiestamente contraria a la ley, ni siquiera solamente contraria a ella, el delito imputado no tuvo realización.

También se le reprocha al funcionario haber permitido la presencia en la diligencia del Mayor de la Policía señor ARCADIO VARGAS CASTILLO, quien había adquirido los terrenos contiguos al que BLANCA FONSECA recibió en arrendamiento, y por ende tenía interés en sus resultados. Sin embargo es de decirse que la imputación delictiva al funcionario no se soporta en la conducta asumida por dicho policial, como tampoco tendría fundamento jurídico hacerlo por cuanto la intervención del oficial fue autónoma, derivada de haberse enterado de la fecha en que el lanzamiento tendría lugar a fin de prevenir la invasión del terreno sobre el que dijo tener interés, tal como éste lo expuso, de donde resulta impertinente deducir la realización de alguna conducta típica, menos si se considera que el acta de la diligencia tampoco da cuenta que a este policial el doctor PELAEZ NIETO le hubiese hecho entrega de terreno alguno.

Y, aunque no deja de ser reprobable la presencia del Mayor de la Policía, en el evento de que hubiera actuado por fuera del marco propio de sus funciones como oficial de la institución, o si lo hizo como persona particular respecto de los bienes que dijo haber adquirido, es asunto que no correspondía decidir o impedir al doctor PELAEZ NIETO, por cuanto su función se hallaba circunscrita al lanzamiento del inmueble tomado en arrendamiento por BLANCA FONSECA sin posibilidad jurídica de declarar, por fuera del proceso ya culminado, la existencia de un derecho distinto del ya reconocido al arrendador en el fallo, conforme fue plasmado en el acta levantada en la diligencia.

Entiende la Corte que si la señora Blanca Fonseca en algún momento creyó erradamente estar siendo desposeída por el funcionario del inmueble aledaño al objeto de la diligencia,

y si en igual sentido lo entendieron su apoderado y el Oficial de la Policía Vargas Castillo quien, dado su interés en la suerte que corrieran los terrenos, al parecer, pudo haber aprovechado las circunstancias en que la diligencia tenía lugar para impedir que en dicho bien la demandada ubicara los muebles cuyo lanzamiento había sido dispuesto por el doctor Peláez, lo que no fue interpretado ni llevado a cabo por éste, como ha sido visto, ello no fue otra cosa que fruto de su interés por pretender que por fuera de las facultades y competencia del funcionario, del objeto del proceso y la diligencia de restitución, se la dejara ilegalmente en posesión de un bien distinto del que debía ser restituido. Esto precisamente la llevó a variar la nomenclatura del inmueble a restituir, clausurar la puerta de acceso a éste, esgrimir en su favor la ausencia de lindero físico que permitiera diferenciarlo de aquél o aquellos sobre los cuales decía ejercer derechos de posesión y la construcción de una pared por la parte frontal, en la que abrió una única puerta de entrada a los tres inmuebles, no obstante lo cual, seguían manteniendo su individualidad tanto jurídica como material, pues en el primero existía la construcción recibida en arrendamiento y del cual debía ser lanzada, y sobre los que alegaba posesión no había edificación alguna.

No empece que la actuación revela atipicidad objetiva en la conducta por la que se juzga al doctor Peláez Nieto, aún de llegar a suponerse por vía de hipótesis que dicho funcionario actuó convencido de estar entregando el bien cuya restitución había dispuesto en el fallo, como lo pregona la defensa, cuando en la realidad el desalojo se materializó no solamente de aquél sino de un terreno de mayor extensión, según fue erradamente entendido por la denunciante y su apoderado, y declarado en la sentencia de primer grado, de resultar ello acreditado, no comportaría cosa distinta que la manifestación del error de tipo previsto por el artículo 40-4 del C. P., el que encuentra configuración cuando el agente tiene una representación equivocada de la realidad, y que, por tanto, excluye el dolo del comportamiento por ausencia del conocimiento efectivo de estar llevando a cabo la descripción comportamental contenida en el tipo cuya realización se

imputa, y que, según la concepción del delito de que se participe, conduciría a tener que declarar la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo en la ejecución de una conducta delictiva que no admite la modalidad culposa, o la ausencia de responsabilidad por estar contemplado el error de tipo como motivo de inculpabilidad que rechaza el dolo según la ubicación sistemática de esta causal, y de cuyo error no podría haber salido el funcionario si se toman en cuenta las especiales circunstancias en que la diligencia de lanzamiento tuvo realización.

Al efecto ha de observarse que ni siquiera en el evento de haber practicado las pruebas echadas de menos por la inspectora, o haber medido los linderos como lo sugería el apoderado de la parte vencida en el proceso, se daría lugar a individualizar el terreno en los términos pretendidos por la demandada, pues dada la actitud fraudulenta asumida por la arrendataria de haber clausurado la puerta de acceso, abrirla en el predio siguiente, tratarse de un barrio de invasión, la ausencia de lindero físico por la parte occidental, y la imposibilidad jurídica de admitir oposición de la demandada por no haberse puesto al día en el pago de los cánones de arrendamiento, son circunstancias que lo compelián a obrar de la manera ya vista.

Y si, también hipotéticamente, se llegase a considerar que el funcionario actuó convencido de estar amparado por la causal de justificación prevista por el artículo 29-1 del Código Penal, por estimar que llevó a cabo la conducta en “estricto cumplimiento de un deber legal” previsto en las disposiciones de procedimiento que aplicó, al constituir dicha eventualidad la realización del motivo de inculpabilidad previsto por el artículo 40-3 ejusdem, la solución no podría ser distinta de declarar la ausencia responsabilidad penal, por cuanto también la buena fe elimina inmediatamente el dolo y, por tanto, la culpabilidad.

Esta última hipótesis, resulta asimismo razonable si se considera el carácter público, y por tanto, obligatorio, que ostentan las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento

Civil, las que además regulan lo relativo al trámite del proceso de lanzamiento de arrendatario, y la materialización de la entrega del inmueble al arrendador, sin que por parte alguna se disponga la perentoriedad de practicar pruebas cuando la oposición a la entrega provenga de la parte vencida y no demuestre haberse puesto al día en el pago de los cánones adeudados.

Se tiene entonces, contrario a lo declarado en el fallo censurado, que la actuación de manera objetiva da cuenta que el doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO no hizo entrega al demandante de un bien distinto de aquél referido en la demanda y la sentencia por él mismo proferida, que conforme al ordenamiento por entonces vigente no podía escuchar a la demandada por encontrarse en mora de cancelar los cánones adeudados, ni practicar pruebas, ni resultaba necesario medir los linderos en razón a que el bien objeto de restitución había sido plenamente individualizado conforme a lineamientos trazados al efecto por el artículo 76 del C. de P. C. y correspondía con el señalado en la demanda y el fallo, como tampoco declarar una posesión sobre un bien distinto al que debía restituir, todo lo cual otorga razón al impugnante para haber expuesto su disenso, y demerita los fundamentos de la acusación y la sentencia materia de apelación.

En ese orden de cosas, ha de concluirse que al no haber transgredido la ley que le correspondía aplicar, contenida en los artículos 76, 337, 338 y 434 del Código de Procedimiento Civil de entonces, el doctor PELAEZ NIETO no realizó el tipo de prevaricato que se le atribuye en la resolución acusatoria, lo cual impide proferir sentencia condenatoria ante la ausencia de los presupuestos establecidos por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Lo anterior lleva a tener la Corte que revocar en todas sus partes el fallo de condena objeto de impugnación y, en su lugar, absolver al acusado del delito que motivó la acusación en su contra.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION 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 sentencia motivo de apelación.

SEGUNDO. ABSOLVER al doctor LUIS ALFONSO PELAEZ NIETO, Ex Juez Civil Municipal de Usaqué (58 de la misma especialidad según la nueva nomenclatura), del delito de prevaricato por acción a él imputado en la resolución acusatoria proferida dentro del presente asunto.

TERCERO. ORDENAR que una vez en firme esta sentencia, se provea la devolución de la caución que fuera prestada por el doctor PELAEZ NIETO (fls. 316).

CUARTO. Por la Secretaría de la Sala dése cuenta de esta determinación a las mismas autoridades a las cuales fue comunicada la medida de aseguramiento, la resolución acusatoria y la sentencia de primer grado.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE JORGE A. GOMEZ GALLEG0

No hay firma

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO O. PEREZ PINZON NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria