

Proceso No 22824

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

DR. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 037

Bogotá D. C., once (11) de mayo de dos mil cinco (2005).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, quien desempeñó el cargo de Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena; y por el apoderado de la parte civil, contra la sentencia de primera instancia del 30 de julio de 2004, a través del cual el Tribunal Superior de Cartagena condenó a dicho funcionario judicial por el delito de prevaricato por acción.

HECHOS

Por medio de apoderado, la señora Claudina Hidalgos Molinares instauró un proceso civil de restitución de inmueble arrendado contra Carlos López, radicando la demanda el 8 de febrero de 1995 en la Ofical Judicial de Cartagena.

Aseguró la demandante que Carlos López, el 1° de julio de 1988, suscribió el contrato de arrendamiento de un apartamento; y que, no obstante, el arrendatario no paga el canon fijado en \$ 35.000, desde el mes de septiembre de 1990.

Entre las pretensiones del libelo se pidió no escuchar al demandado Carlos López durante el transcurso del proceso, mientras no consignara el valor de los cánones adeudados, desde el mes de septiembre 1990, y los que llegare a causar hacia el futuro.

Correspondió el asunto por sorteo reparto al Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cartagena, cuyo titular, doctor DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, por auto del 13 de noviembre de 1995, admitió la demanda y ordenó el traslado al demandado Carlos López.

El señor Carlos López Mosquera, por medio de apoderado, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma, desconociendo a la demandante y al supuesto contrato de arrendamiento. Adujo que él había pactado el arrendamiento del inmueble no con la demandante, sino con el señor Abel Muñoz Almanza, quien luego falleció, encontrándose en trámite el proceso de sucesión en el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Cartagena, Despacho que le dio la orden de consignar el valor mensual del alquiler con depósitos judiciales.

El demandado Carlos López solicitó pruebas, entre ellas, citar a la demandante para interrogarla; oficiar al Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Cartagena con el fin de verificar sus afirmaciones; y más adelante interpuso la excepción de falta de legitimación en la causa de la parte actora.

Por auto del 3 de mayo de 1995, el Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena dispuso correr traslado de la excepción de mérito a la demandante.

La parte demandante guardó silencio, por lo cual, el titular del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cartagena, por auto del 15 de mayo de 1995 pasó el proceso a la etapa conciliatoria y señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de conciliación.

Como la audiencia pública no se realizó por ausencia de la parte demandante, pues ni la señora Claudina Hidalgos Martínez, ni su apoderado comparecieron, el Juzgado Cuarto

Civil Municipal de Cartagena les impuso una sanción pecuniaria; y como tampoco justificaron su inasistencia, por auto del 22 de agosto de 1995, decretó la perención del proceso.

Por los anteriores acontecimientos, la señora Claudina Hidalgos Molinares, a través de un escrito radicado el 19 de febrero de 1997 en la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cartagena, denunció a DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, en su calidad de Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena, por haber escuchado en el proceso civil de restitución de inmueble al demandado Carlos López Mosquera, pese a que no consignó el valor de los cánones adeudados, ni demostró su pago.

Asegura la denunciante que el doctor ROMANO ASCANIO se apartó de la legalidad por oír en el proceso civil al demandado, correr traslado de la excepción que propuso, citar a audiencia de conciliación, imponer sanción pecuniaria a la parte demandante y luego decretar la perención del proceso; pues el demandado, no ha debido ser escuchado en atención a la prohibición expresa del numeral 2° del párrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

“Si la demanda se fundamenta en la falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del Juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos periodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley por los mismos periodos”.

#### ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Con base en la queja formulada por la señora Claudina Hidalgos Molinares, la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cartagena adelantó averiguación

preliminar, acreditó la calidad de Juez Cuarto Civil Municipal del imputado DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, a quien tomó versión libre, y dispuso la práctica de otras pruebas.

El implicado aseguró que siendo el proceso civil de impulso por las partes, no oficioso, no era del resorte del Juez verificar si el demandado había consignado o no, además porque el manejo de los títulos judiciales es una cuestión mecánica que se cumple en la secretaría; por lo cual al demandante correspondía informar a través de memorial que la contraparte aún no había depositado el monto de los cánones supuestamente adeudados. Y agregó:

“Ahora, no es cierto que no habiendo consignado el demandado deba necesariamente dictarse sentencia a favor del demandante, como quiera que el Juez debe ver que se reúnan los presupuestos necesarios para ello, y en el caso presente en el cual como prueba sumaria se aportaron dos declaraciones extraprocesales, estas deben ser ratificadas dentro del proceso, amén de que el Juez si lo estime conducente, puede decretar las pruebas que estime necesarias” (Folio 64 cdno. 1).

2. La Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena dispuso abrir investigación y vinculó mediante indagatoria al doctor DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO.

En esta oportunidad explicó que su actuación como Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena “se encuentra ajustada a pleno derecho”, toda vez que el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil no puede tomarse al pie de la letra, pues lo cierto es que corresponde al demandante indicarle mediante memorial al Juez, que el demandado no puede ser oído cuando no haya consignado, como se ha instaurado en la costumbre judicial, efecto para el cual el interesado puede consultar el libro de registro de títulos.

Señaló, además, que los traslados a la parte demandada, técnicamente, corresponden a la secretaría, igual que el control de los títulos de consignación que ingresan, temas con

los que no se entiende directamente el Juez.

Explicó que la suerte del proceso de restitución de inmueble, adversa a la demandante, obedeció a la inactividad de su apoderado, quien, si no estaba de acuerdo con cada una de las decisiones podía interponer los recursos de reposición y apelación, pero guardó silencio.

3. Por auto del 13 de octubre de 1997, se admitió la demanda de constitución en parte civil presentada por la denunciante Claudina Hidalgos Molinares. (Folio 79 cdno. 1)

4. Al definir la situación jurídica provisionalmente, con resolución del 22 de junio de 1999, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena se abstuvo de imponer medida de aseguramiento a DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, por no encontrar elementos que lo mostraran incurso en el delito de prevaricato. (Folio 103 cdno. 1)

El apoderado de la parte civil apeló la providencia anterior; y al desatar la alzada, con resolución del 26 de octubre de 1999, la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia la revocó, para afectar a ROMANO ASCANIO con medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, por el delito de prevaricato por acción; y le concedió la libertad provisional bajo caución, equivalente a cuatro salarios mínimos legales mensuales<sup>1</sup>. (Folio 13 cdno. Fiscalías de 2ª Instancia)

Observó la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia que el Juez implicado se apartó de manera “manifiesta, protuberante, acerba” de lo mandado en el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, sin que pueda admitirse que su actuar obedece a una interpretación de ese precepto, máxime que en la demanda se le advirtió que no oyera al demandado porque no había consignado el valor de los cánones que debía. Entonces, concluyó así:

“Luego, verificado objetivamente el incumplimiento de la ley y conocido su autor, es forzoso afirmar que existen indicios graves de responsabilidad penal en contra del procesado.”

5. Recaudada la prueba necesaria, el 10 de noviembre de 1999 se declaró cerrada la investigación. (Folio 135 cdno. 1)

6. La Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, el 29 de marzo de 2000, calificó el mérito del sumario con preclusión a favor del doctor DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, por no estructurarse el delito de prevaricato, toda vez que la expresión “no será oído” a que se refiere el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil indica que el demandado que no consigne no podrá encontrar respuesta a sus postulaciones por parte del Juez, pero en ningún momento enerva las facultades oficiosas del funcionario judicial, como la de trasladar el libelo, citar para audiencia y decretar la perención.

7. El apoderado de la parte civil impugnó la preclusión y en virtud de ello, con resolución del 20 de septiembre de 2000, la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia revocó esa decisión y en su lugar profirió resolución acusatoria contra DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, por el delito de prevaricato por acción.

El Ad-quem recordó que el proceso de restitución de inmueble fue promovido por Claudina Hidalgos contra Carlos López, por la causal de mora o no pago del canon de arrendamiento; por lo cual, sin existir en el expediente elementos que convicción que indicaran otra cosa, y como quiera que el demandado no consignó el valor adeudado, entonces no existe razón valedera para inaplicar el parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

Encuentra la convergencia del dolo en cuanto en el libelo se pidió al Juez que no oyera al demandado mientras no consigne el valor de la renta en mora, y pese a ello el funcionario judicial impulsó de oficio todo el proceso, incurriendo en contradicción con

su explicación según la cual corresponde al demandante informar sobre la ausencia de consignación.

Acude a doctrinantes en materia civil, para argumentar que el parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil es claro y no admite interpretación distinta a la que se desprende de su texto, es decir, que si el motivo de la demanda es la mora, toda manifestación del demandado se tendrá por inexistente mientras no consigne o demuestre el pago del monto adeudado, “lo que indicaba que debía hacerse caso omiso de su contestación de la demanda y la proposición de excepciones previas, por lo que la orden de darles trámite normal resultó manifiestamente contrario a la ley.”

8. Ejecutoriada la resolución de acusación, asumió el conocimiento del asunto la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena, donde se adelantó la fase de la causa y al finalizar la audiencia pública profirió el fallo objeto de la alzada.

#### LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 30 de julio de 2004, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena condenó a DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, por el delito de prevaricato por acción, cometido cuando fungía como Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena, a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión, a interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, al pago de multa por valor de cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales; y le concedió el sustituto de la prisión domiciliaria.

De otra parte, denegó la solicitud de restablecimiento del derecho pretendida por el apoderado de la parte civil, en el sentido que adoptara medidas para que cesen los efectos creados con la comisión de la conducta punible, lo que se cumpliría dejando sin efectos el auto que decretó la perención del proceso civil de restitución de inmueble.

El Juez colegiado encontró que la conducta desplegada por DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO se adecuaba típicamente, objetiva y subjetivamente, en el delito de prevaricato por acción, contemplado en el artículo 149 del Código Penal de 1980.

En el aspecto objetivo, verificó las actuaciones manifiestamente contrarias a la ley, por escuchar al demandado desatendiendo abiertamente la prohibición contenida numeral 2 del párrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, máxime que podía constatar que el demandado Carlos López no había consignado el valor de los cánones de arrendamiento adeudados, porque en el libelo se hizo esa advertencia.

La inaplicación de ese precepto allanó el camino a los actos procesales subsiguientes, pues ordenó correr traslado al demandante del escrito de excepciones que formuló el demandado, fijó fecha para la audiencia de conciliación, impuso una sanción pecuniaria y decretó la perención del proceso, cuando ha debido abstenerse de dar trámite a las postulaciones del demandado, mientras no consignara el valor de los cánones en mora, pues aún la contestación de la demanda se reputaba inexistente.

El compromiso subjetivo del implicado, cuya actuación entiende dolosa, lo verifica el Tribunal Superior en el conocimiento inequívoco de la falta de consignación de los cánones debidos; y en entendimiento que demostró de las normas que rigen el procedimiento abreviado de restitución de inmueble, a las que se refirió en sus diferentes intervenciones procesales, solo que las explicaciones que suministró el doctor ROMANO ASCANIO son inaceptables, porque equivalen a desvirtuar por su voluntad consciente el mandato del numeral 2° del artículo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, pues la carga de verificar si el demandado consignó los cánones de arrendamiento corresponde al funcionario judicial “toda vez que es a él a quien se faculta para decidir si oye o no a la parte demandada, dependiendo de si esta acata o incumple la exigencia legal”, sin que sea válido excusarse en alguna clase de interpretaciones válidas.

Para el Tribunal Superior, “el procedimiento equivocado que se siguió no es producto de la ignorancia o del error de interpretación de su contenido, sino del capricho del funcionario que contradice abiertamente el derecho y la razón.”

Advierte el A-quo un esfuerzo vano por justificar su actuación, en cuanto el procesado dice que el control de los depósitos judiciales era ajeno a sus atribuciones, puesto que siempre es al Juez a quien corresponde controlar el flujo, registro, trámite y egreso de los títulos judiciales, como el que debió aportar el demandado para acreditar el pago de los cánones adeudados.

Tampoco encontró atendible la disculpa según la cual en la praxis judicial es el demandante interesado quien, a través memoriales, informa al Juez sobre la falta de consignación del valor de la renta atrasada, porque de admitirse esa explicación se estaría abriendo camino a una costumbre contra legem, que el ordenamiento jurídico no tolera; y menos en el presente caso, donde en el libelo se le advirtió sobre la falta de consignación equivalente a los meses de arriendo debidos y sobre la necesidad de exigir el pago de las rentas que se causaran mientras estuviese en curso el proceso civil, circunstancia indicativa del conocimiento que tenía el Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena de la situación concreta, pese a la cual decidió voluntariamente inaplicar el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto al “restablecimiento del derecho” reclamado por el apoderado de la parte civil, después de referirse a la normatividad que regula ese tópico, el Tribunal Superior advirtió que carece competencia para revocar, anular o dejar sin efecto las decisiones adoptadas por el Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena, teniendo en cuenta que el proceso civil de restitución de inmueble culminó con providencia en firme mucho tiempo antes que se iniciara este proceso penal. Lo anterior, por cuanto el Juez Penal sólo puede resolver algunas cuestiones extrapenales bajo la condición que aún no se encuentren consolidadas.

## DE LAS APELACIONES

### 1. APELACIÓN INTERPUESTA POR EL APODERADO DE LA PARTE CIVIL

El profesional del derecho que representa los intereses de la señora Claudina Hidalgos Molinares protesta contra la decisión del Tribunal Superior de Cartagena, en cuanto no dispuso el restablecimiento del derecho, aduciendo falta de competencia, pese a que se demostró la ilegalidad del auto del 22 de agosto de 1995, a través del cual el Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena decretó la perención del proceso de restitución de inmueble.

Sostiene que el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal<sup>2</sup> (Ley 600 de 2000), no contiene limitaciones en cuanto a la facultad del Juez Penal para velar por el restablecimiento del derecho; por tanto, habiéndose demostrado el prevaricato, dejar sin efectos el auto mencionado no comportaba la intromisión en la jurisdicción civil, pues equivale sencillamente a disponer que cesen los efectos de la conducta punible.

Pretende, en consecuencia, que la Sala de Casación Penal le conceda el restablecimiento del derecho en la forma solicitada, esto es, disponiendo la cesación de los efectos del auto del 22 de agosto de 1995 antes referido.

### 2. APELACIÓN INTERPUESTA POR EL DEFENSOR DEL PROCESADO

El defensor de DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO solicita a la Sala de Casación Penal revocar la condena discernida en primera instancia por el delito de prevaricato y, en su lugar, absolverlo por atipicidad subjetiva (ausencia de dolo), con base en las siguientes reflexiones:

1. Acepta el componente objetivo de la tipicidad, es decir que el Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena fue contra la ley cuando escuchó a Carlos López, demandado en proceso de restitución de inmueble arrendado, pese a que no había consignado el precio

de los cánones supuestamente en mora.

2. Para refutar la afirmación en el sentido que DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO actuó por capricho o rebeldía contra la ley procesal civil, por que, según el Tribunal Superior, conocía la normatividad aplicable al asunto y no se equivocó al interpretarla, el defensor afirma que ahí no radica el dolo que se pregona, porque aún conociendo y comprendiendo a cabalidad los reglamentos, no fue la voluntad proclive, sino posiblemente su negligencia, o lo fortuito, lo que llevó al Juez implicado a tramitar las postulaciones del demandado Carlos López, cuando no ha debido hacerlo.

3. Descarta cualquier viso de perversidad en la actuación de ROMANO ASCANIO, pues hubiese bastado la intervención de la parte demandante, para recordarle al Juez que iba por el camino equivocado, para enmendar el yerro; pero el silencio del interesado coadyuvó en el avance de las diligencias hasta su culminación, para más tarde denunciar el presunto prevaricato.

Agrega que el Juez implicado entendió de buena fe que se daban las condiciones para oír al demandado en el proceso civil de restitución de inmueble, y con tal convicción dispuso todas las gestiones normales en un asunto de esa naturaleza, sin que el conjunto concatenado de decisiones intermedias denote la incursión en el ilícito de prevaricato.

4. Trae a colación el testimonio de la señora Miriam Guerra Guaines, Secretaria del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cartagena, quien en la audiencia pública corroboró que en el asunto que se examina ocurrió un error relativo a la información sobre los títulos judiciales, “con lo cual se excluye en forma positiva la existencia de intención dañina en el comportamiento del Juez procesado”.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con lo estipulado en el numeral 3° del artículo 75 del Código de

Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), compete a la Sala de Casación Penal resolver las apelaciones interpuestas en los procesos que conocen en primera instancia las Salas de Decisión Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. En consecuencia, emitirá el pronunciamiento que en derecho corresponda sobre los recursos presentados por el apoderado de la parte civil y por el defensor de DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO.

En esta labor la Corte se encuentra limitada en su estudio al objeto de la impugnación y a los aspectos inescindiblemente ligados a ella<sup>3</sup>.

2. Por disposición del artículo 6° del Código Penal, Ley 599 de 2000, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable; lo cual implica que si llegare a descartarse la tipicidad por ausencia de algunos de sus elementos objetivos o subjetivos, la conducta deja de ser punible, sin que sea necesario avanzar en la verificación de los otros componentes estructurales del ilícito, antijuridicidad y culpabilidad.

3. Aunque la defensa da por sentada la estructuración del ilícito de prevaricato desde el punto de vista objetivo, admitiendo la contrariedad entre lo que exige la normatividad procesal civil y lo que hizo el Juez Cuarto Penal Municipal de Cartagena, la Sala de Casación Penal no se encuentra limitada para estudiar ese tópico, pues, sin duda, es un aspecto inescindiblemente unido a la comprensión dogmático jurídica de “la tipicidad”, como elemento componente del injusto, tema que no puede dejarse de lado frente a la necesidad de definir, en segunda instancia, si la conducta del procesado es punible, o no lo es por ausencia de alguno de los elementos que deben concurrir en un comportamiento para que pueda tenerse como delictivo.

4. En ese ejercicio, la Sala de Casación Penal demostrará que la conducta del Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena, DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, es atípica o no se

adecúa en el tipo objetivo de prevaricato, porque él no adoptó determinaciones contrarias a la ley cuando “escuchó” y aceptó la intervención del demandado Carlos López Mosquera dentro del proceso civil abreviado de restitución de inmueble, pese a que no consignó el valor de los cánones de arrendamiento presuntamente adeudados, precisamente porque el demandado discutió o puso en tela de juicio la existencia misma del contrato de arrendamiento y la supuesta deuda.

Lo anterior, toda vez que el numeral 2° del párrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, que prohíbe oír al demandado que no hubiese consignado los cánones de arrendamiento que el demandante reclama debidos, no es una máxima jurídica absoluta, sino que es susceptible de atemperar y modular, dependiendo de las circunstancias de cada caso, de acuerdo con la doctrina constitucional según la cual no se puede exigir el pago o consignación de dichos cánones cuando el demandado discute la existencia del contrato de arrendamiento y la existencia misma de la deuda, aportando pruebas que cimienten esa discusión.

En consecuencia, como el demandado Carlos López Mosquera negó que hubiese un contrato de arrendamiento con la demandante Claudina Hidalgo Molineros, y por ende negó ser deudor de ella, tales tópicos no han podido dilucidarse sino en la controversia procesal de partes, lo cual implicaba que el demandado interviniera y fuera escuchado procesalmente para garantizar su derecho a la defensa; que fue precisamente lo que hizo el Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena, quien, por tanto no incurrió en el delito de prevaricato.

#### I. El proceso de restitución del inmueble arrendado

El Código de Procedimiento Civil prevé un procedimiento abreviado cuando se trate de demanda para que el arrendatario restituya al arrendador el inmueble objeto del contrato y el reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

El artículo 424 de esa codificación estipula que el auto admisorio de la demanda se notificará a todos los demandados mediante la fijación de un aviso en la puerta o el lugar de acceso al inmueble objeto de la demanda.

Sin embargo, cuando la restitución se requiere con fundamento en la falta de pago, el demandado, para ser oído dentro del proceso civil, debe consignar a órdenes del juzgado el valor de los cánones adeudados o presentar los recibos de pago correspondientes a los tres últimos periodos.

El numeral 2° del párrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, es del siguiente tenor:

“Si la demanda se fundamenta en la falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del Juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos periodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley por los mismos periodos”

Por regla general, cuando la causal invocada por el demandante es la falta de pago de los cánones, para la viabilidad de la contestación de la demanda es esencial acreditar el pago completo de lo que se dice adeudar, junto con los ajustes legales. De no acreditarse el pago, y si hay prueba mediante documento, o confesión judicial, sin más se dictará fallo favorable al demandante; que en primer lugar debe decretar la terminación del contrato y ordenar la restitución, lo cual implica el lanzamiento<sup>4</sup>.

II. Constitucionalidad de párrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

Dicha norma fue demandada argumentando que exigir la demostración del pago de los cánones de arrendamiento, como condición para que el demandado fuera oído en el proceso civil, atentaba contra los derechos de contradicción y al debido proceso.

No obstante, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-070 de 1993 declaró exequible dicho precepto:

“La causal de terminación del contrato de arrendamiento por falta de pago de los cánones de arrendamiento, cuando ésta es invocada por el demandante para exigir la restitución del inmueble, coloca al arrendador ante la imposibilidad de demostrar un hecho indefinido: el no pago. No es lógico aplicar a este evento el principio general del derecho probatorio según el cual “incumbe al actor probar los hechos en los que basa su pretensión”. Si ello fuera así, el demandante se vería ante la necesidad de probar que el arrendatario no le ha pagado en ningún momento, en ningún lugar y bajo ninguna modalidad, lo cual resultaría imposible dada las infinitas posibilidades en que pudo verificarse el pago. Precisamente por la calidad indefinida de la negación -no pago-, es que se opera, por virtud de la ley, la inversión de la carga de la prueba. Al arrendatario le corresponde entonces desvirtuar la causal invocada por el demandante, ya que para ello le bastará con la simple presentación de los recibos o consignaciones correspondientes exigidas como requisito procesal para rendir sus descargos.”

...

“La norma acusada impone un requisito a una de las partes para darle celeridad y eficacia al proceso, el cual es de fácil cumplimiento para el obligado de conformidad con la costumbre y la razón práctica. La exigencia hecha al demandado de presentar una prueba que solamente él puede aportar con el fin de dar continuidad y eficacia al proceso, en nada desconoce el núcleo esencial de su derecho al debido proceso, pudiendo éste fácilmente cumplir con la carga respectiva para de esa forma poder hacer efectivos

sus derechos a ser oído, presentar y controvertir pruebas. La inversión de la carga de la prueba, cuando se trata de la causal de no pago del arrendamiento, no implica la negación de los derechos del demandado. La presentación de recibos de pago o de consignación como requisito para ser oído en juicio no vulnera el núcleo esencial de los derechos de acceder a la justicia y de defensa. La protección legal no puede extenderse de tal manera que haga nugatorio el legítimo derecho de obtener la restitución del inmueble ante el incumplimiento de la obligación de pagar los cánones que corresponde al arrendatario.”

Hasta el momento, pues, pareciera que en todos los casos e indefectiblemente, en el proceso abreviado de restitución de inmueble, cuando el motivo consiste en el no pago de los cánones, si el arrendatario demandado quisiera ser oído dentro del proceso civil, tendría necesariamente que demostrar el pago de los mismos, a través de uno de los medios alternativos contemplados en el parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

Vistas así las cosas, es aparentemente contrario a derecho que el Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena hubiese reconocido la calidad de parte al demandado y tramitado las excepciones que propuso, pese a que no demostró el pago de los cánones reclamados por el demandante, precisamente como causa para exigirle la restitución del inmueble.

No empece, como se verá, existen circunstancias en virtud de las cuales no necesariamente el demandado queda obligado a consignar el monto de los cánones pretendidos, como condición para que pueda ser oído en el proceso civil de restitución de inmueble. Es decir, en ocasiones, es preciso admitir la intervención del demandado, aunque no consigne o demuestre el pago de las rentas reclamadas.

III. Evolución de la doctrina constitucional sobre la hermenéutica del parágrafo 2° del

artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

Como en algunos eventos resulta injusto o desproporcionado exigir que el demandado consigne el valor que reclama el demandante, cuando éste pretende la restitución del inmueble alegando el no pago de los cánones, la Corte Constitucional, a través de sentencias de tutela proferidas en salas de revisión ha reconocido que si se cumplen ciertas condiciones, el demandado tiene que ser escuchado en el proceso civil, sin necesidad de que consigne o demuestre el pago del valor pretendido por el arrendador.

En concreto, la posibilidad de inaplicar la carga impuesta al demandado por el parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, ocurre cuando el demandado alega la inexistencia del contrato de arrendamiento y por ende desconoce la deuda.

La Sentencia T-838 de 20045

Se tramitó un proceso abreviado para restitución de inmueble arrendado, donde un Juzgado Civil Municipal de Bogotá no oyó a la demandada porque no consignó ni demostró el pago de los cánones reclamados; y emitió sentencia que daba lugar al lanzamiento.

La demandada instauró acción de tutela en contra el funcionario judicial por violación de su derecho al debido proceso, porque decidió no oírla, aunque pretendía demostrar que el contrato de arrendamiento era espurio, ya que no debía los cánones porque se imputaban a la cuota alimentaria a que el demandante estaba obligado.

Los Jueces de tutela en las dos instancias negaron la prosperidad de la acción, al constar que el Juez Civil Municipal de Bogotá se limitó a cumplir el parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, que condicionaba la intervención del arrendatario demandado al pago o consignación del valor de los cánones pendientes.

En Sala de Revisión, la Corte Constitucional revocó las sentencias de instancia y en su lugar tuteló el derecho al debido proceso de la ciudadana accionante, al tiempo que protegió sus derechos y los de su menor hija; y dejó sin efectos la sentencia emitida por el Juzgado Civil Municipal de Bogotá en el proceso de restitución de inmueble, para que se rehagan las actuaciones de suerte que la accionante fuera vinculada.

En el fallo de tutela T-838 de 2004 comentado, la Corte Constitucional expresó:

“Es que el artículo 58 del Código de Procedimiento Civil dota a los jueces de una facultad que debe ser utilizada cuando adviertan colusión o fraude, y consiste en convocar a las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos, en cualquier etapa del proceso, sin que para el efecto requieran consignar suma alguna a órdenes del Juzgado, como tampoco mostrar recibos de ninguna clase”.

La Sentencia T-162 de 20056

Un ciudadano instauró acción de tutela contra un Juzgado Civil Municipal de Montería, debido a que no lo oyó en un proceso de restitución de inmueble donde era demandado, porque no canceló ni pudo demostrar el pago de los cánones de arrendamiento que pedía el demandante.

El ciudadano sostenía que el contrato de arrendamiento no existía, pues ocupaba el inmueble en calidad de poseedor de buena fe, y por tanto desconoció la pretendida mora en el pago de los cánones.

El Juez de tutela de primera instancia concedió el amparo, teniendo en cuenta que en circunstancias como aquellas el demandado se encontraba “en total indefensión”. El Tribunal Superior revocó la decisión de primera instancia al encontrar que el Juzgado Civil de Montería se limitó a cumplir lo ordenado por el parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil.

En Sala de Revisión, la Corte Constitucional revocó el fallo de tutela del Tribunal Superior, y en su lugar concedió el amparo reclamado por quien había sido demandado en proceso de restitución de inmueble.

En la Sentencia T-162 de 2005, la Corte Constitucional hizo, entre otras, las siguientes reflexiones:

“Corresponde a la Sala establecer si la decisión de no oír al demandado, adoptada por el juzgado accionado dentro de un proceso de restitución de inmueble arrendado, se erige, en las particulares circunstancias del caso, en una vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, específicamente de las garantías de defensa y contradicción probatoria, y de acceso a la Administración de Justicia.”

...

“En efecto, por razones jurídicas que se derivan directamente de lo dispuesto por el artículo 424 del Código de Procedimiento, el aquí demandante no puede controvertir la prueba del contrato de arrendamiento dentro del proceso de restitución de inmueble que se adelanta en su contra, porque sin cancelar los supuestos cánones en mora, no obtiene el derecho de ser oído en juicio. Es decir, los mecanismos de defensa que dentro del proceso civil tendría a su alcance para demostrar que no existe el contrato, y que por lo tanto no debe lo que se le imputa adeudar, resultan completamente ineficaces, porque tendría que satisfacer -aunque fuera provisionalmente- la deuda que discute, como requisito previo para demostrar que ni ella, ni el contrato que la causaría, tienen existencia jurídica.”

...

“Contribuye a la anterior conclusión el hecho de que, dentro de las pruebas allegadas al presente expediente, se encuentra el memorial suscrito por uno de los testigos cuya

declaración juramentada extra proceso, relativa a la existencia de un supuesto contrato verbal de arrendamiento, sirvió de fundamento a la demanda de restitución de inmueble arrendado, memorial en el cual el declarante pide que no se tenga en cuenta su testimonio, por ser falso. Esta prueba arroja una seria incertidumbre sobre la existencia real del contrato de arriendo y de la deuda por ese concepto, que no ha sido valorada por el juez ordinario a pesar de haber sido allegada al proceso de restitución, y constituye un elemento probatorio que debe ser tenido en cuenta a la hora de determinar la procedencia de la acción de tutela en defensa del derecho de defensa y de contradicción.”

“Percibe también la Sala que el accionante trató de intervenir dentro del proceso de restitución en defensa de sus derechos; en efecto, desde su inicio negó la existencia del contrato y de la deuda, afirmó no conocer a los testigos que declararon sobre la existencia de los mismos<sup>7</sup>, intervino personalmente<sup>8</sup> y luego a través de apoderado, y no fue oído por no ser abogado o por no haber consignado los dineros que se le imputaba deber por concepto de cánones atrasados.”

...

“De esta manera, la única forma en que el aquí demandante podría hacer efectivo su derecho de defensa dentro del proceso civil de restitución sería consignando a órdenes del juzgado los valores en supuesta mora que el demandante hace figurar a su nombre (más de diez millones de pesos), carga procesal que, en las circunstancias concretas del presente caso, resulta excesiva dado el material probatorio allegado al proceso civil, que pone en grave entredicho la existencia de dicha deuda y del contrato que le daría origen.”

...

“4.4 Así pues, esta Corporación ha encontrado que no resulta contrario a la [Constitución](#)

**Política** el que la ley procesal imponga una carga probatoria a los demandados en proceso de restitución de inmueble arrendado, carga sin cuyo cumplimiento no pueden ser oídos en el juicio, y que consiste en acreditar el pago de los cánones de arrendamiento, cuando el demandante alega como causal de restitución la mora en el pago de los mismos, o de los servicios cosas o usos conexos que haya asumido la obligación de pagar, cuando la causal alegada en la demanda es la falta de pago de estos conceptos.”

...

“4.5 No obstante todo lo anterior, la Sala estima que, en el caso particular que ahora se somete a su decisión, no procede aplicar la norma que exige al arrendatario demandado cancelar la totalidad de los cánones que se imputan en mora, como requisito para ser oído en el juicio. Empero, esta inaplicación no obedece a la utilización de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, como lo propuso el juez de primera instancia, pues, por las razones que arriba se dejaron reseñadas, la Corte ha demostrado que no existe una contradicción objetiva entre dicha regla legal y la Constitución. La razón que en este caso impone inaplicar la disposición estriba en que el material probatorio obrante tanto en el proceso de tutela, como en el civil de restitución, arroja una duda seria respecto de la existencia real de un contrato de arriendo entre el demandante y el demandado, es decir, está en entredicho la presencia del supuesto de hecho que regula la norma que se pretende aplicar.”

“En otras palabras, cuando el párrafo 2º, numeral 2º, del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil dispone que no se oirá al demandado si no cancela los cánones adeudados, parte de la base de la existencia de un contrato de arriendo incumplido, cuya prueba ha sido aportada con la demanda. Pero si, por la razón que fuere, el juez encuentra un motivo grave para dudar de la validez de la prueba aportada, como sucede en este caso, mal haría en aplicar automáticamente la disposición.”

“En efecto, la decisión judicial no consiste en la imposición irreflexiva de las consecuencias previstas en las normas, sin una evaluación particularizada de la situación de hecho sujeta a examen, para determinar que ella sea realmente la premisa de aplicación de la disposición. La actividad judicial debe estar presidida por la virtud de la prudencia, que exige al juez obrar con cautela, moderación y sensatez a la hora de aplicar la ley, más cuando, como en el caso de autos, la aplicación automática de las normas puede conducir a una restricción excesiva de derechos fundamentales, en este caso el derecho al debido proceso, concretamente en sus garantías de defensa y contradicción.”

Se colige de lo anterior que la carga que el parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil impone al demandado en proceso de restitución de inmueble, consistente en pagar el valor de los cánones que el arrendatario asegure en mora, o en aportar los comprobantes de dicho pago, como condición previa para que pueda ser oído dentro del proceso civil, tiene lugar en términos constitucionalmente válidos cuando no se discute la existencia del contrato, ni se niega la falta de pago de la renta.

Es que, solo en la hipótesis que no se discuta la existencia del contrato ni de la deuda, es factible jurídicamente adelantar el proceso abreviado de restitución de inmueble, sin escuchar al demandado que no consigne lo adeudado o no demuestre el pago, sin que en tal caso pueda esgrimirse la supuesta vulneración del debido proceso ni del derecho a la defensa.

No así cuando el demandado desconoce al arrendador, niega haber suscrito el contrato de arrendamiento y no admite la deuda; pues en esta eventualidad el demandado no podría ser condenado, ni vencido, sin haber sido escuchado dentro del proceso civil, so pena de vulnerar sus derechos al debido proceso y a la defensa; y a riesgo de desconocer que aún en el proceso civil de partes en litigio, o adversarias, al Juez corresponde siempre la búsqueda de la verdad (cuando menos la verdad procesal), como se

desprende diáfananamente del artículo 228 de la Constitución Política y del artículo 4° del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 228 de la Carta indica que en las actuaciones judiciales “prevalecerá el derecho sustancial”, mandato que de suyo exige una labor hermenéutica sobre la legislación siempre que esté en juego el derecho sustancial de alguna de las partes involucradas en una controversia judicial.

El artículo 4° del régimen de procedimiento civil forma parte de las instituciones generales de derecho procesal civil; y el sentido garantista de su texto es tan claro que exime al lector de esforzarse en su cabal comprensión:

“Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional al debido proceso, se respete el derecho a la defensa y se mantenga la igualdad de las partes.”

#### IV. Lo probado en el caso concreto

Al expediente penal adelantado contra el doctor DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO se allegó copia del proceso civil de restitución de inmueble, donde se verifican los siguientes aspectos:

1. Por medio de apoderado, la señora Claudina Hidalgos Molinares, con demanda presentada el 8 de febrero de 1995 en la Ofical Judicial de Cartagena, instauró un proceso civil de restitución de inmueble arrendado contra Carlos López.

Aseguró la demandante que Carlos López suscribió el contrato de arrendamiento del

apartamento cuyas características especifica, el 1° de julio de 1988; y que, no obstante, el arrendatario no paga el canon de \$ 35.000, desde el mes de septiembre de 1990.

A la demanda no se incorporó prueba documental de la existencia del contrato, sino que el vínculo pretendió probarse a través de dos declaraciones extrajudiciales vertidas en la Notaría Primera del Círculo de Cartagena, por amigos de la demandante Claudina Hidalgo Molinares.

Entre las pretensiones del libelo se pidió expresamente:

“TERCERO: Que no sea escuchado el demandado CARLOS LÓPEZ durante el transcurso del proceso, mientras no consigne el valor de los cánones (sic) adeudados, correspondientes a los meses desde septiembre 1/90 hasta la fecha, y los que llegare a causar hacia el futuro mientras permanezca en el inmueble.” (Folio 5 cdno. 1).

2. Correspondió el asunto por sorteo reparto al Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cartagena, cuyo titular, el doctor DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, por auto del 13 de noviembre de 1995 admitió la demanda y ordenó el traslado al demandado Carlos López, concediéndole diez días para la contestación y el aporte de las pruebas que quisiera hacer valer. (Folio 10 cdno. 1)

3. El señor Carlos López Mosquera por medio de apoderado contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma, desconociendo a la demandante y al supuesto contrato de arrendamiento, en los siguientes términos:

“Es falso, toda vez que mi poderdante desconoce la existencia de la señora CLAUDIA o CLAUDINA HIDALGOS; y el bien donde reside, le fue arrendado por el señor ABEL MUÑOZ ALMANZA, quien falleció el día 01 de septiembre de 1991 en la ciudad de Cartagena; cuyo proceso de sucesión se tramitó ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta ciudad, quedando algunos bienes sin relacionar, entre ellos el ocupado por

mi asistido, cuyo reparto se adelanta en el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de esta ciudad y como en el anterior, dicha señora no representa derecho alguno; mal puede ahora, el abogado demandante decir que mi asistido ha celebrado contrato mediante documento privado; se repite, fue suscrito con el señor ABEL MUÑOS ALMANZA.”

“Es falso, durante la vida del arrendador, señor ABEL MUÑOZ ALMANZA, siempre se cumplió con la obligación de cancelar, pero al morir éste, se presentaron varias personas alegando propiedad del bien ocupado por mi asistido; por lo que él decidió esperar que un Juzgado competente decidiera; y fue así, como en el mes de Mayo de 1994, recibió un oficio del Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Cartagena, solicitándole consignara en ese despacho, por existir allí el correspondiente proceso sucesorio. Mal puede hoy la aludida demandante hablar de incumplimiento.”

De igual manera, el apoderado del demandado solicitó pruebas, entre ellas, citar a la demandante para interrogarla; oficiar al Juzgado Tercero Promiscuo de Familia Cartagena, con el fin de verificar sus afirmaciones; y más adelante interpuso la excepción de falta de legitimación en la causa de la parte actora, (Folios 18 y 20 cdno. 1)

4. Por auto del 3 de mayo de 1995, el Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena dispuso:

“Del anterior escrito de Excepción de Mérito se da en traslado a la parte demandante por el término de tres (3) días para que la conteste y pida las pruebas que tenga a su favor” (folio 23 cdno. 1)

5. Al vencer el término de traslado de la excepción -que transcurrió en silencio- el titular del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cartagena, por auto del 15 de mayo de 1995, pasó el proceso a la etapa conciliatoria, señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de conciliación, ordenó citar a las partes y los previno sobre las sanciones en caso de no comparecer. (Folio 24 cdno. 1)

6. Como la audiencia pública no se realizó por ausencia de la parte demandante, pues ni la señora Claudina Hidalgos Martínez, ni su apoderado comparecieron, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cartagena les impuso una sanción pecuniaria; y como tampoco justificaron su inasistencia, por auto del 22 de agosto de 1995, decretó la perención del proceso. (Folio 25 cdno. 1)

Lo anterior, en aplicación del Decreto 2651 de 1991, "Por el cual se expiden normas transitorias para la descongestión de los despachos judiciales", cuyo artículo 10° establecía que, salvo las excepciones legales, la inasistencia injustificada del demandante a alguna de las audiencias de conciliación producía como consecuencia la perención del proceso prevista en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, que podía decretarse de oficio o a petición de parte.

V. Atipicidad de la conducta desplegada por el entonces Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena, doctor DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO.

La Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, en resolución acusatoria de segunda instancia, endilgó a ROMANO ASCANIO el delito de prevaricato por acción, por haber decidido en forma manifiestamente contraria a la ley, en el procedimiento abreviado de restitución de inmueble que la señora Claudina Hidalgos Molinares promovió en contra de Carlos López.

El acto manifiestamente contrario a la ley se hizo consistir en que el Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena inaplicó el parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, que impedía oír al demandado que no hubiese consignado los cánones de arrendamiento que el demandante declaraba debidos, o que no hubiese demostrado el pago a través de los recibos pertinentes.

De igual manera, se cuestionó al funcionario judicial porque, como consecuencia de la pretermisión de dicho precepto, dio traslado a una excepción de fondo que interpuso el

demandado, citó a audiencia de conciliación, sancionó pecuniariamente a la demandante y, finalmente, decretó la perención del proceso.

Como viene de explicarse con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en los eventos que el demandado desconoce al arrendador, niega la existencia del contrato de arrendamiento y no acepta la deuda de los cánones, obrando además en el expediente elementos de convicción atendibles que indiquen que el demandado pudiese llegar a tener razón en cuanto afirma, es lícito dejar de aplicar el parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, no por excepción de inconstitucionalidad, sino porque para esclarecer los puntos en discusión se precisa escuchar al demandado, sin que previamente tenga que soportar la carga de cancelar lo que dice no deber, y porque sólo así se garantizaría su derecho a la defensa y al debido proceso.

Entonces, analizando el asunto desde una perspectiva objetiva, en el proceso de restitución de inmueble promovido por Claudina Hidalgos Molinares contra Carlos López, como quiera que el demandado desconoció a dicha señora, negó la existencia del contrato, no admitió deberle los cánones que ella reputó atrasados, era factible inaplicar el parágrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, y escuchar al demandado, de una parte para garantizar su derecho a la defensa y al debido proceso, y de otra, para que el Juez Civil pudiese aproximarse al hallazgo de la verdad.

Lo anterior, además por cuanto en la contestación de la demanda, Carlos López Mosquera dijo por medio de su apoderado, que tiempo atrás había pactado el arrendamiento con el señor Abel Muñoz Almanza, quien falleció; y mencionó el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Cartagena, donde se adelantaba el proceso de sucesión, despacho que le había ordenado consignar los cánones de arrendamiento.

Y adicionalmente, porque el demandado Carlos López Mosquera, al contestar la demanda, solicitó al Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena que oficiara al Juzgado

Tercero Promiscuo de Familia de la misma ciudad, con el fin de que constatará sus afirmaciones.

Así las cosas, no es manifiestamente contraria a la ley la conducta del doctor DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, desplegada dentro del proceso de restitución de inmueble, instaurado por Claudina Hidalgos Molinares contra Carlos López Mosquera, consistente en oír al demandado, sin que éste hubiese consignado el valor de los cánones supuestamente adeudados, ni demostrado su pago. Por consiguiente, no es factible adecuar el comportamiento del procesado al tipo objetivo de prevaricato por acción.

Analizado el asunto en su concepción legal y constitucional, se revela, entonces, atendible la postura del Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena, expresada desde la versión libre, consistente en que era preciso acudir a gestiones oficiosas para hacer claridad sobre algunos aspectos relacionados con el supuesto contrato de arrendamiento, pues con la demanda se allegaron solo dos declaraciones extra juicio al respecto. Así lo expresó el Juez implicado:

“Ahora, no es cierto que no habiendo consignado el demandado deba necesariamente dictarse sentencia a favor del demandante, como quiera que el Juez debe ver que se reúnan los presupuestos necesarios para ello, y en el caso presente en el cual como prueba sumaria se aportaron dos declaraciones extraprocesales, estas deben ser ratificadas dentro del proceso, amén de que el Juez si lo estima conducente, puede decretar las pruebas que estime necesarias” (Folio 64 cdno. 1).

De tal suerte, descartado el tipo objetivo, vale decir el proferimiento de una decisión abiertamente contraria a la ley, carece ya de sentido ahondar el tipo subjetivo, también estructurado por el Tribunal Superior de Cartagena en el fallo de primera instancia, consistente en el presunto dolo que habría caracterizado la conducta de DAVID ENRIQUE

ROMANO ASCANIO, por conocer que actuaba contra la ley, y, sin embargo, avanzó hacia el acto ilegal.

## VI. Decisión

1. De conformidad con lo antes expuesto, se revocará la sentencia del 30 de julio de 2004, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cartagena condenó a DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, por el delito de prevaricato por acción, cometido cuando oficiaba como Juez Cuarto Civil Municipal de la misma ciudad, y en su lugar, se proferirá sentencia de carácter absolutorio.

2. Se concederá libertad inmediata e incondicional a DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, quien se encuentra en prisión domiciliaria (Barrio Crespo, 2ª Avenida, Edificio Santa Cruz No. 3-11 de Cartagena9), con la salvedad de que si en la actualidad fuese requerido por otra autoridad judicial, será dejado a disposición de la misma.

Para la notificación al procesado y expedición de la boleta de libertad se comisionará al señor Presidente de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena.

3. El Juez Colegiado de primera instancia cancelará todo requerimiento y pendiente que DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO tenga por razón exclusiva de este proceso penal.

No hay lugar a la devolución de cauciones, toda vez que el procesado constituyó póliza judicial para acceder a la libertad provisional.

4. La decisión de absolver al procesado releva a la Sala de Casación Penal de estudiar los argumentos que expuso en su apelación el defensor, quien destinó su discurso a desvirtuar el dolo como elemento subjetivo del prevaricato por acción; e igualmente, por sustracción de materia, no se precisa auscultar los fundamentos de la apelación interpuesta por el apoderado de la parte civil, en cuanto pretendía el

“restablecimiento del derecho”, a partir de la idea según la cual la actuación delictiva del Juez Cuarto Civil Municipal de Cartagena le generó perjuicios.

5. Contra esta providencia no procede recurso alguno, porque al decidir un recurso de apelación queda ejecutoriada el día que es suscrita por los dignatarios de la Sala de Casación Penal, como lo dispone el artículo 187 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

1. Revocar la sentencia del treinta (30) de julio de dos mil cuatro (2004) proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, y en su lugar, absolver a DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.361.232 de Ocaña (Norte de Santander) de la conducta punible de prevaricato por acción, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.
2. Conceder libertad inmediata e condicional a DAVID ENRIQUE ROMANO ASCANIO. No obstante, en caso de llegarse a saber que es requerido por otra autoridad judicial, será dejado a disposición de la misma.
3. El Juez Colegiado de primera instancia cancelará todo requerimiento y pendiente que el mencionado tenga por razón exclusiva de este proceso penal.
4. Para la notificación del implicado y expedición de la boleta de libertad se comisiona al señor Presidente de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena.
5. Envíese copia de este proveído al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cartagena, para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Permiso

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Impedido

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Para la efectividad del beneficio, constituyó póliza de seguro judicial. (Folio 63 cdno. Fiscalías 2ª Instancia).

2 Restablecimiento y reparación del derecho."El funcionario judicial deberá adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por al comisión de la conducta punible..."

3 Artículo 204 Código de Procedimiento Penal.

4 JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando. Código de Procedimiento Civil Comentado.

Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2000. Pg. 1010.

5 Sentencia T-838 de 2004, primero de septiembre; M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

6 Sentencia T-162 de 2005, 24 e febrero; M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

7 Cf. diligencia de audiencia judicial para constituir en mora al demandado, llevada a cabo dentro del proceso de restitución; copia del acta de esta audiencia puede leerse en cuaderno de copias del expediente del proceso de restitución obrante dentro del proceso de tutela al folio 33.

8 Intervino solicitando a la jueza de conocimiento que declarara la ilegalidad del auto admisorio de la demanda, por insuficiencia del poder conferido al apoderado judicial del demandante y por insuficiencia de los testimonios con base en los cuales se pretendía demostrar la existencia del contrato y de la mora.

9 Folio 64 Cdno. Fiscalías 2ª Instancia.