

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

Radicación n° 62544

Acta Nro.

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de ALBERTO OYAGA MACHADO, contra la sentencia proferida el 7 de junio de 2022 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante la cual lo condenó como autor del delito de prevaricato por acción.

HECHOS

El 15 de enero de 2016, ALBERTO OYAGA MACHADO, en su condición de Juez Primero Penal Municipal de Barranquilla con funciones de control de garantías, dentro de la actuación con radicación 080016001257201504429 en indagación por los delitos de fraude procesal y fraude a resolución judicial, en la continuación de la audiencia preliminar de restablecimiento del derecho, a la que asistieron el fiscal del caso y el solicitante, sin convocar al tercero incidental, ordenó el desalojo sin derecho a oposición de José Alberto Morillo Navarro, Reinaldo Jazbun Cifuentes, Graciela María Campuzano, Enrique Meyer y personas indeterminadas de los predios 2,3, 2 y 3 con matrículas inmobiliarias Nos. 040-336305, 040-336306, 040-389337 y 040-389338, como medida de protección del derecho de propiedad de las empresas TWO LAND CORORATION, WARE HOUSE OVERSEAS

ENTERPRISE CORP y HOME AND LAND BUSSINES S. A.

Para su cumplimiento ofició al inspector de policía con jurisdicción en el lugar de ubicación de los terrenos citados, indicándole que no aceptara oposición alguna.

ANTECEDENTES

El 28 de noviembre de 2018, en audiencia preliminar ante el Juez 17 Penal Municipal de Barranquilla con función de control de garantías, el Fiscal 4º Delegado ante el Tribunal Superior formuló imputación a ALBERTO OYAGA MACHADO por el delito de prevaricato por acción con circunstancias de mayor punibilidad, art. 413 del Código Penal, cargo que no aceptó.

El 19 de diciembre del mismo año, el Fiscal radicó escrito de acusación en el que lo acusa de los delitos de prevaricato por acción y abuso de función pública. En sesión de audiencia de formulación de acusación llevada a cabo el 27 de febrero de 2020, la Fiscalía verbalizó la acusación ante la Sala de Decisión penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

El 7 de junio de 2022 el Tribunal Superior condenó a OYAGA MACHADO a las penas de prisión de cuarenta y nueve (49) meses, multa de setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta y dos (82) meses, por el delito de prevaricato por acción al considerar la existencia de un concurso aparente de tipos penales con el punible de abuso de autoridad.

En el mismo fallo le impuso la accesoria de pérdida del cargo público que estuviere ejerciendo; le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y el sustituto de la prisión domiciliaria. Finalmente le concedió la suspensión de la ejecución de la pena en razón a su edad.

Contra la anterior sentencia, el apoderado del acusado interpuso recurso de apelación con

el propósito de que se revoque la condena y se absuelva a ALBERTO OYAGA MACHADO.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

1. El tribunal luego de referirse a la estructura analítica del delito de prevaricato por acción, señala que el punible de abuso de autoridad no concurre con este sino que se trata de un concurso aparente de tipos penales, cuya conducta es consumida por la de aquel en virtud del principio de consunción.
2. En orden a establecer si la decisión de desalojo para restablecer el derecho, sin vincular a uno de los afectados y sin oposición es manifiestamente contraria a la ley, el tribunal estima pertinente fijar el alcance del artículo 22 de la Ley 906 de 2004 que contempla el restablecimiento y reparación del derecho.
3. Expresa que las medidas necesarias aludidas por el precepto legal, hacen parte del universo de las medidas cautelares y son regidas por el principio de taxatividad, de manera que la autoridad las puede decretar cuando la ley expresamente lo faculta y lo permite, dado que su consagración procura la prevención, protección y/o restablecimiento de las situaciones, traducidas en el aseguramiento de la protección de los derechos de los sujetos en el Estado Social de Derecho.
4. Tras advertir que encuentran fundamento constitucional en el artículo 250-1 de la Carta Política, la viabilidad de ellas se supedita a la afectación de los intereses por la comisión del delito, ya que si su propósito es deshacer los efectos causados por él, es requisito sine qua non su configuración fáctica objetiva.
5. Para el tribunal, la decisión es abiertamente ilegal porque el acusado estaba restableciendo el derecho de propiedad que en materia de bienes inmuebles se realiza mediante la inscripción del título respectivo en la oficina de registro de instrumentos públicos, razón por la cual la orden de desalojo es un despropósito, debido a que restablecía

un derecho que no se encontraba afectado.

6. Precisa que la posesión es un hecho que genera derechos, la cual se tiene por la tenencia física del bien y el ánimo de señor y dueño, estableciendo la ley las acciones de reivindicación y posesoria, para que quien la haya perdido pueda recuperarla u obtenerla. En este sentido, no es legal acudir al restablecimiento del derecho para restablecer lo que no es un derecho.

7. Recuerda que cuando se disputa la posesión de un bien inmueble dentro del proceso penal, la cual es discutida al mismo tiempo en la jurisdicción civil, la jurisprudencia ha dicho que no se haga la entrega del bien hasta tanto esta última decida el asunto, con cuya actuación el acusado enervó los procesos civiles de pertenencia y reivindicación.

8. Además advierte que la orden de desalojo impartida en el marco de un delito de fraude procesal, ninguna relación guarda con los efectos que se pretendía deshacer, sin perder de vista, de otro lado, que tal medida es definitiva, en cuyo caso, el acusado estaba impedido para impartirla, ya que el juez de control de garantías puede adoptar las de carácter provisional que buscan restablecer el derecho.

9. Agrega que no convocó a la audiencia a los terceros indeterminados que ocupaban el predio a pesar de estar informado y no permitió la oposición, como consta en el oficio mediante el cual comisionó para la diligencia de desalojo, y con su silencio a la petición del solicitante, contrariando las normas del procedimiento civil, sin que pueda eludir su responsabilidad o trasladarla al secretario, aduciendo que ni el acta de la audiencia y el oficio fueron realizados por él, puesto que el juez con su firma le imparte existencia y legalidad a las mismas.

10. El tribunal expresa que el dolo emerge del hecho de que el asunto sometido a consideración del acusado no era complejo, éste no era neófito en el poder judicial, el conocimiento en relación a que la posesión era asunto de la justicia civil le fue actualizado y

la existencia de terceros en los predios a desalojar también le fue informada.

11. Sobre la base de estar acreditada la lesión al bien jurídico de la administración de justicia, y que el acusado pudo actuar de una manera distinta a como obró, el ad quem encuentra reunidos los requisitos del artículo 381 para condenar a OYAGA MACHADO.

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

1. Recurrente

1.1 El defensor luego de referirse extensamente al marco fáctico que dio lugar a tomar la decisión del 15 de enero de 2016, a la motivación del acusado en ella definiendo el restablecimiento del derecho, con apoyo en lo declarado por este en el juicio oral, a la naturaleza de la acción penal y la adopción de medidas provisionales en la audiencia desarrollada con ese fin, expresa que como la ocupación tenía fuente delictiva, el juez debía velar por el restablecimiento del derecho de los afectados por tratarse de conducta ilícita perseguible por la jurisdicción penal.

1.2 Como el ordenamiento procesal penal no contempla un mecanismo para la recuperación y entrega de los terrenos invadidos, el recurrente señala que por principio de integración el juez debió comisionar a la inspección de policía de turno para cumplir la medida por él adoptada.

1.3 A su juicio existe prueba del origen ilícito de la posesión, siendo la razón de la investigación adelantada por la fiscalía 48 por los delitos de falsedad y fraude procesal, debido a la cual era válido restablecer el derecho a los propietarios inscritos en el registro inmobiliario y no mediante la acción reivindicatoria de la justicia civil, que no puede intervenir en el ámbito penal.

1.4 Agrega que las medidas de restablecimiento hacen parte del derecho constitucional a la

reparación integral del daño, artículo 250 de la Carta Política, siendo la conducta de fraude procesal la que permite su aplicación, toda vez que los contratos de posesión se edifican sobre escrituras falsas, que el tribunal no valora como tampoco el testimonio del peticionario de la audiencia preliminar.

1.5 Para el impugnante el problema jurídico consiste en diferenciar la jurisdicción civil de la acción penal, en el entendido que el acusado, en su función de juez de control de garantías, tenía competencia para decidir el restablecimiento del derecho solicitado, a pesar del proceso de pertenencia promovido desde 2011 por Alberto Morillo Navarro y de conocimiento del Juzgado Tercero Civil del Circuito de esa ciudad.

1.6 Luego de apoyarse en el Código Civil, el defensor señala que el fin de la acción de declaración de pertenencia es el de adquirir el dominio por un fenómeno temporal, de modo que un proceso de esta naturaleza no tiene relación alguna con el delito, razón por la cual es definido por el juez civil.

1.7 Señala los fundamentos normativos, artículos 250 num. 6 de la Carta Política, 144 num. 12 y 22 de la Ley 906 de 2004, que otorgan competencia al juez de control de garantías para ocuparse del restablecimiento del derecho, el cual procede con la demostración de la materialidad de la conducta o tipo objetivo.

1.8 Advierte que los fundamentos probatorios exigibles para la imposición de la cautela provisional son los motivos fundados, y si es definitiva se requiere el convencimiento más allá de toda duda razonable.

1.9 Después de reiterar la naturaleza del restablecimiento del derecho y destacar sus elementos, el recurrente manifiesta que la Sala y la Corte Constitucional, con independencia de los resultados de las acciones penal y civil, en múltiples asuntos ha dispuesto la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente por tratarse de una garantía establecida a favor de la víctima.

1.10 En relación con el hecho de no haber citado al afectado con la medida, el impugnante expresa que como el delito no puede ser fuente de derechos, dado que las compraventas son falsas, por no ser terceros de buena fe los desalojados, no puede afirmarse que el juez de garantías carezca de competencia para decidir sobre la solicitud presentada.

1.11 En cuanto a que el acusado impartió la orden de no permitir oposición, el recurrente señala que al acusado no se le advirtió de la existencia del tercero incidental que no aparece en el certificado de libertad y tradición aportado al juicio y conforme la información del juzgado tercero civil del circuito, fue aceptado como tercero excludendum después del 15 de enero de 2016, de modo que no había razón legal para su convocatoria, mientras quienes se encontraban en los predios no quisieron firmar las citaciones a la audiencia del 15 de enero de 2016.

1.12 Finalmente, sin estar probada la autoría material del acusado de la expresión “sin oposición” registrada en los oficios, cuya inserción explica el secretario como error atribuible a él, sin que su testimonio pueda calificarse de sospechoso como lo dijo el tribunal en la sentencia, el apelante pide revocar la condena y absolver al acusado ALBERTO OYAGA MACHADO.

2. No recurrentes

2.1 El fiscal después de referirse a los hechos relevantes de la acusación, advierte que el juez acusado tuvo a su disposición los elementos materiales probatorios y el tiempo suficiente para determinar que las compañías panameñas habían sido demandadas, que los ocupantes de los lotes tenían la posesión de los mismos y que existía un proceso de pertenencia en un juzgado civil de Barranquilla, competente para decidir sobre la adquisición del dominio sobre los mismos por prescripción.

2.2 Expresa que el acusado resolvió un asunto sin tener competencia, desconociendo el conflicto jurídico entre los dueños de las propiedades y los poseedores sometido a

conocimiento de la jurisdicción civil, ni haber integrado el contradictorio a pesar de estar enterado de la existencia de otras personas, ocupantes de los terrenos en disputa.

2.3 Agrega que el acusado ordenó el desalojo sin derecho a oposición, en la medida que aceptó la petición del abogado sin hacer aclaración o excepción alguna, mientras suscribió el acta y el oficio, señalando como estrategia descomedida la actuación del abogado durante el interrogatorio del secretario del procesado, quien trató de ayudar con su testimonio falaz a su exjefe.

2.4 Insiste en la ilegalidad de la determinación adoptada por el acusado, quien con conocimiento y voluntad garantizó las pretensiones de las sociedades panameñas, que les era esquivas en la jurisdicción civil, ya que desde el año 2011 se desarrollaba la litis. En consecuencia, pide confirmar en su integridad el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado contra la sentencia proferida el 7 de junio de 2022 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, mediante la cual condenó a ALBERTO OYAGA MACHADO por el delito de prevaricato por acción, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con el numeral 2º del artículo 235 de la [Constitución Política](#), modificado por el artículo 3º del Acto Legislativo 1 de 2018.

Así mismo, con observancia del principio de limitación que rige la impugnación, artículo 320 del Código General del Proceso aplicable al procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004 por integración, se examinará y decidirá la pertinencia de la inconformidad formulada por el recurrente y la legalidad de la determinación cuestionada.

2. El delito de prevaricato por acción descrito en el artículo 413 del Código Penal, se encuentra configurado de la siguiente manera:

«El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.».

2.1 Son elementos del tipo penal objetivo, i) un sujeto activo calificado: el servidor público en los términos contemplados por el artículo 20 del Código Penal; ii) una resolución, dictamen o concepto dictada o emitido por él; iii) y un ingrediente normativo: “manifiestamente contrario a la ley”.

«(i) un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; (ii) que profiera resolución, dictamen o concepto; y (iii) que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley»¹.

2.2 En relación con el ingrediente normativo, se tiene dicho que la completud de la descripción típica exige que la resolución proferida o el dictamen o concepto emitido por el servidor público ha de ser abiertamente ilegal, contraria a la ley, en el sentido de que la disparidad del acto con su contenido no obedezca simplemente a criterios interpretativos adecuados a su texto sino que se encuentre fundada en motivaciones que no admiten justificación razonable alguna.

«Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo.»².

Bajo tal entendimiento, la materialidad de la conducta exige que el acto calificado de prevaricador corresponda al capricho y arbitrio del servidor público, desconozca abiertamente y se aparte de modo ostensible de los preceptos legales que regulan el asunto sometido a su consideración, y no sea resultado de la diversidad de opiniones o pareceres distintos frente a la materia que le corresponde resolver.

2.3 La conducta descrita es reprochable a título de dolo, de modo que en los términos del artículo 21 del Código Penal, incurre en ella el servidor público que con conocimiento y voluntad profiere la resolución, concepto o dictamen apartada de la ley.

3. Restablecimiento del derecho

3.1 La Ley 906 de 2004 como parte de los principios rectores y garantías procesales consagra el restablecimiento del derecho, al establecer en su artículo 22 que:

“Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal”.

3.2 Tal habilitación legal a la fiscalía y jueces, de un lado, está condicionada a que el restablecimiento del statu quo sea posible, y del otro, es incondicional, porque la adopción de las medidas necesarias a ese fin procede con independencia de la responsabilidad penal.

Además, exige un vínculo causal, esto es, que el derecho que se pretende restablecer haya sido afectado con la comisión del delito, que este sea su consecuencia inmediata y no de cualquier otro punible.

3.3 Ahora bien, la hipótesis prevista en el artículo 101 de la Ley 906 de 2004, está

relacionada con la facultad de los jueces de control de garantías y de conocimiento para suspender y cancelar, a petición de la fiscalía y de las víctimas, los registros obtenidos fraudulentamente.

La Corte Constitucional mediante fallo C-060-08 declaró inexecutable la palabra condenatoria y executable el inciso “en el entendido de que la cancelación de los títulos y registros respectivos también se hará en cualquier otra providencia que ponga fin al proceso penal”, al considerar que tal expresión podía limitar el acceso de las víctimas a la administración de la justicia, toda vez que la culminación del proceso penal mediante una decisión de esa naturaleza extinguiría el poder dispositivo sobre los bienes a que tales títulos se refieren.

Admitió que si bien tal decisión puede adoptarse en una providencia distinta a la sentencia, en todo caso, corresponde garantizar el ejercicio del derecho de defensa y contradicción de quienes resultaren afectados con la cancelación.

“En todo caso y para plena claridad, la Corte Constitucional advierte que en cualquier evento en que, de acuerdo con lo expuesto, la cancelación de los títulos apócrifos deba ordenarse en un contexto diferente al de la sentencia de fondo, dicha decisión sólo podrá tomarse en la medida en que, habiéndose permitido el pleno ejercicio del derecho de defensa y contradicción de quienes resultaren afectados por la cancelación, su derecho haya sido legalmente desvirtuado, lo que ocurre precisamente al alcanzarse el “convencimiento más allá de toda duda razonable” sobre el carácter fraudulento de dichos títulos, requisito cuyo rigor obviamente se mantiene, así no se logre la identificación, vinculación y condena de la o las personas penalmente responsables”.

La Sala también ha sostenido:

“Así, los funcionarios judiciales en asuntos penales se encuentran facultados para ordenar la cancelación de los títulos y registros, en cualquier providencia que ponga fin a la actuación, en tanto tengan los elementos de juicio que así les permita proceder. Dicha cancelación es

viable aún si la sentencia es absolutoria o en aquellos eventos en los cuales prescribe la acción penal o se presenta alguna otra circunstancia de improseguibilidad de la misma, destacándose siempre su carácter intemporal e independiente de la responsabilidad penal del procesado”4.

De otro lado, en sentencia C-839 de 2013, se declaró conforme con la constitución el inciso 2º de la misma disposición, en el entendido “que la víctima también puede solicitar la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente”.

3. Problemas jurídicos. I. ¿Podía el acusado como juez de control de garantías declarar la titularidad de los lotes en disputa y como medida necesaria disponer el desalojo de los ocupantes o poseedores de hecho, a pesar de que uno de ellos promovía un proceso de pertenencia, en orden al restablecimiento del derecho solicitado? II. ¿Podía ordenar el desalojo sin derecho a oposición? III. ¿Podía adoptar dicha medida sin convocar al tercero incidental o ad excludendum admitido en el proceso de pertenencia?

La respuesta negativa a tales problemas por las razones que enseguida se exponen, conduce a declarar que la legalidad de la sentencia no merece reparo alguno.

3.1 En la denuncia penal por los delitos de fraude procesal y fraude a resolución judicial, el apoderado solicitó restablecer el derecho a las sociedades TWO LAND CORPORATION, WAREHOUSE OVERSEAS ENTERPRICES CORP y HOME AND LAND BUSSINES S.A., con el argumento de ser las legítimas propietarias de los lotes 2,3 2 y 3 distinguidos con matrículas inmobiliarias 040-389337, 040-389338, 040-336305 y 040-336306, y desalojar sin “atender oposición alguna” a los denunciados José Alberto Morillo Navarro, Reynaldo Hazbun Cifuentes, Graciela María Campuzano Arrieta, Enrique Meyer, Alfredo Montoya y demás personas indeterminadas.

Argumentó que tal decisión estaba sustentada en la cancelación por falsedad de la escritura

3.487 de 5 de diciembre de 2005, mediante la cual Oliver de Jesús Toro Mejía vendió sus derechos posesorios a Jesús Evelio Zapata Llanos, quien a su vez por escritura 1.258 de diciembre 19 de 2009 los enajenó a José Alberto Morillo Navarro. En los lotes por autorización de este, permanecen Graciela María Campuzano Arrieta, Enrique Meyer, Alfredo Montoya y otras personas indeterminadas.

3.1.1 El acusado en su condición de Juez 1º Penal Municipal con función de control de garantías, a quien correspondió la solicitud de restablecimiento del derecho, no obstante el peticionario advertir que sobre los lotes la inspección 5ª de Policía de Barranquilla había ordenado un amparo policivo a favor de las sociedades⁵ y pedido el rechazo de la demanda ad excludendum presentada en el proceso de pertenencia promovido por Morillo Navarro⁶, consideró “que hay una propiedad legítimamente acreditada por la empresa solicitante, y es por ello que de conformidad con lo pedido por el abogado”, “se restablece el derecho en la medida en que sean desalojados los señores que están perturbando, el, la posesión, es decir José Alberto Morillo Navarro, Reynaldo Jazbun Cifuentes Graciela María Campuzano Arrieta, Enrique Meyer y otros o cualquier persona que esté perturbando esta posesión, porque se tiene que a la luz del derecho los legítimos propietarios es la compañía solicitante... y en ese sentido se le ampara y comisionará”⁷.

Y concluyó que “igualmente voy acatar la petición del abogado en el sentido de ponerle en conocimiento al juez 3º civil del circuito de que se ha restablecido este derecho, que es ajeno a la decisión que él pueda tomar, porque aquí no se está hablando de prejudicialidad penal o civil, sino simplemente se está restableciendo un derecho, que continúe el proceso civil y que se dé a quien lo tenga, entonces en estos términos dejo xxx (inintendible) el restablecimiento del derecho de conformidad con el artículo 22 y las sentencias de la Corte Constitucional ya precisadas”⁸.

3.1.2 Ninguna duda existe que el juez de control de garantías está facultado legalmente para adoptar las medidas necesarias en orden a hacer cesar los efectos del delito, cuando

ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, con independencia de la responsabilidad penal, conforme con el artículo 22 de la Ley 906 de 2004.

3.1.3 Sin embargo, tal como lo concluyera el tribunal la decisión adoptada por el acusado contraría abierta y manifiestamente el ordenamiento jurídico, al ordenar el desalojo de los poseedores de los lotes a favor de las sociedades bajo el pretexto de restablecerles el derecho como “legítimos propietarios”, cuando la propiedad “nunca estuvo amenazada ni afectada” y lo reclamado era la posesión, la cual no es un derecho sino un hecho que genera derechos.

Por lo demás, el a quo añadió “que lo que buscaba el acusado era restablecer el derecho de propiedad de las compañías panameñas sobre los predios ocupados por varias personas, mediante un desalojo de las mismas; lo que hace patente la ilegalidad de su decisión pues la propiedad en tratándose de bienes inmuebles se establece mediante la inscripción del título respectivo en la oficina de registro de instrumentos públicos; inscripción esta, que nunca estuvo amenazada ni afectada. Luego resulta ser un despropósito que se ordene el desalojo de unas personas para restablecer un derecho que no ha sido afectado”.

3.1.4 Es pertinente advertir que Morillo Navarro en el año 2011 promovió juicio de pertenencia contra las sociedades WAREHOUSE ENTERPRICES CORP, TWO LAND CORPORATION, FIDEICOMISO BANCOLOMBIA P.A., HOME AN LAND BUSINESS y demás personas indeterminadas, ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Barranquilla, proceso que el 15 de enero de 2104 por Acuerdo 001 de esta fecha del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, fue asignado al 3º de la misma especialidad, con cuya acción civil buscaba obtener para él la declaratoria de propiedad de los lotes 2,3, 2 y 3 por prescripción adquisitiva de dominio.

3.1.5 Así mismo, que el 2 de diciembre de 2015, el Juzgado 3º Civil del Circuito admitió la

demanda ad excludendum presentada por Jacinto Josué Suárez Pérez, en su condición de representante legal de Bienes y Construcciones de la Costa SAS, "INMOCARIBE SAS", contra Morillo Navarro y las sociedades citadas, decisión notificada a las partes por Estado fijado el día 4 del mismo mes y año. El 10 de diciembre siguiente, mediante apoderado, la sociedad HOME AND LAND BUSINESS pidió la reposición del auto, la cual fue negada⁹.

3.1.6 Ad initio, repárese que uno de los poseedores, desde el año 2011 venía promoviendo ante la justicia civil la acción de pertenencia, escenario en el que Jacinto Josué Suárez Pérez en representación legal de la firma INMOCARIBE SAS, tercero ad excludendum, fue admitido, circunstancia relevante al mostrar que el derecho de propiedad sobre los inmuebles reclamados por las sociedades WAREHOUSE ENTERPRICES CORP, TWO LAND CORPORATION y HOME AN LAND BUSINESS a través del mecanismo del restablecimiento del derecho se encuentra en discusión, en tanto existe el proceso de pertenencia encaminado a adquirir el dominio por prescripción.

3.1.7 En segundo lugar, los predios cuyo desalojo como medida cautelar para el restablecimiento del derecho era pedido, se hallan ocupados por José Alberto Morillo Navarro, Reinaldo Jazbun Cifuentes, Graciela María Campuzano, Enrique Meyer y otras indeterminadas, a pesar del statu quo decretado por la inspección 5ª de Policía Urbana de Barranquilla en 2010¹⁰ dentro del amparo policivo promovido por las mencionadas sociedades, y por INMOCARIBE SAS.

3.1.8 El acusado teniendo conocimiento de tales hechos, contando con los elementos materiales probatorios suficientes y haberse tomado más de un mes para examinarlos y adoptar la decisión pertinente¹¹, no obstante, dispuso el desalojo de los poseedores con el argumento de hallarse acreditada la propiedad "porque se tiene que a la luz del derecho los legítimos propietarios es (sic) la compañía solicitante".

3.1.9 Ahora bien, al inculpado como juez con funciones de control de garantías se le

imponía examinar, en orden a resolver la solicitud de restablecimiento del derecho, si era posible este y si era medida necesaria, disponer el desalojo de los poseedores y ocupantes de los lotes cuya propiedad se discutía en el proceso de pertenencia promovido por Morillo Navarro y con intervención de INMOCARIBE SAS en calidad de ad excludemdum.

3.1.10 No se discute la naturaleza del restablecimiento del derecho, sus finalidades, la intemporalidad, la independencia con la responsabilidad penal, la competencia para adoptarla y la suficiencia de la configuración típica para ordenarla, temas que el impugnante desarrolla prolijamente, sino el hecho de haber el acusado ordenado el desalojo sin oposición, no convocar al tercero incidental y dar por acreditada la titularidad de los bienes discutida en la jurisdicción civil.

3.1.11 La denuncia de la configuración de los delitos de fraude procesal y fraude a resolución judicial, porque Morillo Navarro con el proceso de pertenencia estaba induciendo en error a la autoridad judicial por el conocimiento que tenía de la nulidad de la escritura, con base en la cual adquirió, mediante otro documento de esa naturaleza, derechos posesorios sobre los lotes en disputa, no alega ni ponía de presente la falsedad de las escrituras ni de los certificados del registrador de instrumentos públicos donde consta las personas que figuran como titulares de derechos reales principales sujetos a registro.

De este modo, resulta inadmisibile y reprochable que el acusado OYAGA MACHADO haya soportado su decisión en las sentencias C-060-08 y C-839-13, en las cuales, la Corte Constitucional decide sobre la exequibilidad de la palabra “condenatoria” y del inciso segundo del artículo 101 de la Ley 906 de 2004, disposición que según lo reseñado atrás contempla la suspensión y cancelación de registros obtenidos de forma fraudulenta, materia esta ajena al desalojo que se pedía como medida del restablecimiento del derecho.

Ahora, si la discusión no era y no podía serlo la fuente del derecho, era indudable que el acusado enterado de la existencia de poseedores y ocupantes de los terrenos y del proceso

de pertenencia, mediante el cual se buscaba adquirir el dominio, estaba impedido para hacer la declaración que hizo y ordenar el desalojo, con mayor razón cuando el fiscal en su intervención señaló que el peticionario tenía razón sobre la cancelación de las escrituras y el trámite del proceso de pertenencia con ellas, pero que en todo caso es al juez civil al que le corresponde decidir lo pertinente.

En un caso similar, la Sala sostuvo:

“Adicionalmente, se apartó del debido proceso, toda vez que desconoció la naturaleza y alcances de la función de control de garantías en lo que tiene que ver con la facultad de restablecer el derecho a favor de la víctima del delito y, de manera correlativa, se arrogó indebidamente una función que evidentemente no le correspondía, como fue la de dirimir un antiguo pleito de propiedad sobre los animales objeto de la sustracción, como si fuera un juez civil, un funcionario de policía, o como si le asistiera la función de conocimiento, pues tal asunto era precisamente lo que se debatiría en la fase del juicio del proceso seguido por el hurto”¹².

3.1.12 De este modo el tribunal no se equivoca, cuando en la decisión impugnada advirtió la ausencia de nexo causal entre los delitos denunciados y el desalojo sin derecho a oposición solicitado, señalando:

“Dicho en otras palabras, la medida de restablecimiento del derecho que se adopte de (sic) estar encaminada deshacer los efectos del delito investigado. Y esa situación se echa de menos en el caso que nos ocupa en el que se dedujo la existencia de un fraude procesal pero la medida que se adoptó fue la de un desalojo, medida esta, que a fe de verdad en ninguna manera tendía a deshacer los efectos del supuesto fraude procesal. Un desalojo deshace los efectos de una invasión o una perturbación de la posesión, pero no los de un fraude procesal”.

Y agregó:

“Para redondear la idea que venimos desarrollando digamos que un desalojo sería viable como medida de restablecimiento del derecho si el delito demostrado fuera invasión, o perturbación de la posesión, pues en estos casos, la acción delictiva se puede deshacer mediante el desalojo, o expulsión de los invasores, pero de manera alguna podía ser viable en una investigación por fraude procesal pues en este caso a lo sumo lo que se podría hacer sería anular una inscripción, cancelar alguna escritura etc.”¹³.

3.1.13 Sin embargo, el procesado luego de aludir a los modos de adquirir el dominio, adoptó una decisión que sabía contraria a derecho y manifiestamente ilegal, al definir un asunto ajeno a lo pedido, toda vez que lo solicitado no era la determinación de la propiedad sino el desalojo de los poseedores de los terrenos como medida del restablecimiento del derecho, sin mediar la discusión jurídica de la titularidad de los inmuebles.

En su determinación, ninguna explicación ofreció acerca de la procedencia del desalojo, a la posibilidad de su ordenamiento, por qué resultaba medida necesaria para el restablecimiento del derecho, ignorando que las sociedades años atrás en su disputa con Morillo Navarro habían solicitado amparo policivo según lo reseñado en precedencia, y de qué manera la cautela adoptada guardaba relación con los delitos de fraude procesal y a resolución judicial denunciados por el representante legal de las reclamantes.

Así las cosas, se abrogó una facultad que no tenía y tomó una decisión que no era de su resorte, en tanto que lo solicitado ninguno nexo guardaba con los hechos denunciados, en cuyo caso le correspondía rechazar la pretensión solicitada.

3.1.14 De otro lado, cabe precisar, que el problema jurídico no era la distinción entre la jurisdicción civil y la acción penal como lo plantea el impugnante, toda vez que el tribunal no niega que el juez de control de garantías pueda restablecer el derecho sino que reprocha al acusado haber hecho una declaración y tomado una decisión que en derecho no podía ni se estaba frente a una situación constitutiva de prejudicialidad que enervara la acción civil.

Basta con reseñar que con la decisión ilegal, el apoderado de las sociedades pidió al Juzgado 3º Civil del Circuito, revocar el auto admisorio del interviniente ad excludendum, tercero que no fue convocado a la audiencia preliminar de restablecimiento del derecho, aduciendo que el juez penal había despojado de la posesión a los demandantes.

3.2 Por lo demás, este no es el único motivo que hace contraria a la ley la determinación adoptada, dado que sin justificación ni explicación alguna, después de declarar “legítimos propietarios” de los lotes 2,3, 2, y 3 a las sociedades TWO LAND CORORATION, WARE HOUSE OVERSEAS ENTERPRISE CORP y HOME AND LAND BUSSINES, ordenó desalojar a los poseedores y ocupantes de los mismos sin derecho a oponerse, contrariando lo dispuesto en el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, hoy 309 del Código General del Proceso, sobre oposición a la entrega.

3.2.1 El recurrente insiste en que el juez acusado no dio la orden de desalojo sin derecho a oposición de los poseedores de los lotes, pues ello obedeció a un error secretarial, tal como lo explicara en su declaración Guillermo Escobar Tapias, al señalar que al redactar el acta y el oficio colocó la expresión “sin oposición”, contenida en los documentos que tenía a su disposición.

3.2.2 Tal aseveración riñe con lo acontecido en el desarrollo de la audiencia preliminar. En esta, el denunciante después de reseñar que la adquisición de los derechos posesorios devenía de un acto ilícito, pidió al juez ordenar el desalojo de los poseedores “sin atender oposición alguna” y comisionar a la inspección de policía para materializar el restablecimiento del derecho¹⁴.

3.2.3 El juez acogió en su integridad la petición y la ordenó, debido a “que hay una propiedad legítimamente acreditada por la empresa solicitante, y es por ello que de conformidad con lo pedido por el abogado”, “se restablece el derecho en la medida en que sean desalojados los señores que están perturbando, el, la posesión”.

3.2.4 Ahora, el acusado no aclaró ni precisó su decisión, la adoptó “de conformidad con lo pedido por el abogado”, esto es, que el desalojo se llevaría a cabo sin derecho a oposición, toda vez que así lo pidió el apoderado de las sociedades por él representadas y en consonancia con ella, la dispuso el juez procesado.

Si la intención de OYAGA MACHADO hubiese sido otra, en el desarrollo de su exposición habría señalado que el desalojo lo ordenaba conforme lo previsto en la ley, es decir, reconociendo a los poseedores y ocupantes de los lotes el derecho a oponerse. Sin embargo, en el curso de su exposición ninguna manifestación hizo y, por el contrario, ordenó la medida cautelar “de conformidad con lo pedido por el abogado”.

3.2.5 Así las cosas, el error involuntario secretarial aducido corresponde a un argumento defensivo ausente de prueba, en la medida que el acta y el oficio dirigido a la inspección de policía, es el fiel reflejo de lo acontecido en la audiencia preliminar, en la que con toda claridad, tal como lo revela el registro audiovisual, el abogado pidió el desalojo sin derecho a oposición de los ocupantes de los predios reclamados y en tales términos fue ordenado por el juez inculpado.

3.3 Finalmente, el impugnante manifiesta que al acusado no se le advirtió del tercero incidental y no existía razón legal para su convocatoria, porque en los certificados de libertad y tradición aportados en la audiencia preliminar no había anotación alguna relacionada con él, mientras el ad excludendum fue aceptado en el proceso de pertenencia después del 15 de enero de 2016, y los ocupantes de los lotes no firmaron las citaciones.

3.3.1 Es pertinente señalar a la defensa, que el juez OYAGA MACHADO a pesar de haber sido informado de la existencia del tercero, no exigió ni pidió su convocatoria a la audiencia para garantizar sus derechos, pudiendo suspender la diligencia y luego de oírlo tomar la decisión correspondiente.

3.3.2 La Sala debe admitir que en los certificados de libertad de tradición pertenecientes a

los predios 2,3, 2 y 3, Nos. 040-336305, 040-336306 y 040-389337, 040-389338 allegados con la solicitud de restablecimiento del derecho no aparece anotación relacionada con la firma INMOCARIBE SAS y su representante legal Jacinto Josué Suárez Pérez.

3.3.3 La afirmación del libelista de que tal hecho fue conocido después de las audiencias preliminares, desconoce lo que la prueba revela en el plenario.

3.3.4 En efecto, conforme la constancia secretarial incorporada a la actuación, el 2 de diciembre de 2015 el Juzgado 3º Civil del Circuito dentro del proceso ordinario de pertenencia promovido por Morillo Navarro, admitió la demanda ad excludendum presentada en noviembre de ese año por la empresa INMOCARIBE SAS. Así mismo, el abogado de HOME AND LAND BUSINESS apeló tal determinación ante la decisión del juzgado de no reponerla¹⁵.

3.3.5 El peticionario del restablecimiento del derecho a la reanudación de la audiencia preliminar, comunicó al juez acusado la existencia del tercero ad excludendum, así lo registra el archivo audiovisual¹⁶.

A pesar de tal información, el inculpado continuó con la audiencia sin hacer averiguación y precisión al abogado sobre el ad excludendum en orden a garantizar el derecho del tercero incidental, negando la posibilidad de intervención de éste como poseedor de los lotes cuyo desalojo ordenó en dicha vista pública.

4. En conclusión, la sentencia del tribunal mediante la cual declara responsable penalmente al juez OYAGA MACHADO del delito de prevaricato por acción no merece reparo alguno frente a los reproches formulados por el recurrente, por estar demostrado que profirió decisión contraria y abiertamente ilegal al declarar propietarios de los lotes a las sociedades TWO LAND CORROATION, WARE HOUSE OVERSEAS ENTERPRISE CORP y HOME AND LAND BUSSINES, sin que tal declaración le fuera pedida y encontrándose en discusión el derecho de dominio de los mismos dentro del proceso de pertenencia adelantado en el

Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla.

Así mismo al acoger sin discusión la solicitud de desalojo sin derecho a oposición y ordenarlo con sujeción a lo pedido, contrariando la disposición procesal civil, artículo 338 del Código de Procedimiento Civil hoy 309 del Código General del Proceso, que lo garantiza.

Adicionalmente al no convocar o hacer convocar al tercero incidental o ad excludendum, habiendo sido informado de su existencia, con lo cual no garantizó sus derechos como poseedor de los terrenos cuyo desalojo era reclamado en la audiencia preliminar de restablecimiento del derecho presidida por el acusado.

4.1 En consecuencia, la Sala confirma sin modificaciones el fallo impugnado.

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

CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de junio de 2022 por el Tribunal Superior de Barranquilla, mediante la cual condenó a ALBERTO OYAGA MACHADO como autor del delito de prevaricato por acción, de conformidad con los razonamientos vistos en la motivación de esta decisión.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MIRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Salvó Voto

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLORZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

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

2 CSJ SP4620-2016.

3 “Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. En cualquier momento, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente.

En la sentencia se ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las

circunstancias que originaron la anterior medida.

Lo dispuesto en este artículo también se aplicará respecto de los títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos fraudulentamente.

Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando procesos ante otras autoridades, se pondrá en conocimiento la decisión de cancelación para que se tomen las medidas correspondientes”.

4 CSJ SP, 15 abr. 2020, rad. 49672.

5 Audiencia preliminar, sesión del 11 de diciembre de 2015, reg. min. 10:36 del video.

6 Continuación audiencia preliminar, sesión del 15 de enero de 2016; reg. min. 02:26 del video.

7 1:09:51 en adelante

8 1:11:10

9 Certificaciones del Juzgado 3º Civil del Circuito, 9 de marzo 2020 y 28 de enero de 2019.

10 En la trámite de desacato de la orden policiva, se observa que la medida fue impartida el 31 de marzo de 2010 y adicional el 15 de abril del mismo año.

11 Audiencia preliminar, diciembre 11 de 2015, primera sesión; reg. min. 45:00 del video.

- 12 CSJ SP, 13 sep. 2017, rad. 48327.
- 13 Sentencia del tribunal, folio 27.
- 14 Sesión del 11 de diciembre de 2015; reg. min. 26:45 a 29:14 del video.
- 15 Certificaciones de 28 de enero de 2019 y 9 de marzo de 2020.
- 16 Audiencia preliminar sesión 15 de enero de 2016; reg. min. 02:28 del video.