El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 30 de agosto de 2018

Proceso:                 Penal -

Radicación Nro. : 66001600003620130264101

Procesado: Jhon Fredy Leiton Galindo

Magistrado Ponente:  Jorge Arturo Castaño Duque

**TEMAS: FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL/ ELEMENTOS/ FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POLICIVAS DE LAS SECRETARIAS DE GOBIERNOS/ FUNCIONAMIENTO** DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO/ LEY 232/95/ ORDENANZA 014 DE 2006/ INEXISTENCIA DEL **FENÓMENO DE LA ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA/** CONFIRMA –NIEGA PRECLUSIÓN

En lo atinente a ese punto, como bien lo señaló la jueza de instancia, según lo establecido en el artículo 3º de la Ley 232/95, y en el artículo 4º numeral 2º de la Ordenanza 014 de 2006, las Secretarías de Gobierno cumplen: “funciones administrativas policivas” y éstas tienen aplicación precisamente en los trámites tendientes a verificar el cumplimiento de los requisitos legales para el funcionamiento de los establecimientos de comercio.

(…)

En contraposición a lo expuesto por el apelante, para la Corporación el comportamiento desplegado por el aquí investigado sí podría afectar, al menos en forma potencial, la eficaz y recta impartición de justicia, toda vez que con su actuación desobedeció lo impuesto por una autoridad administrativa que contribuye precisamente a ese propósito con el control que ejerce sobre ese tipo de asuntos.

En esas condiciones, no puede dársele la razón al delegado de la Fiscalía y al defensor que coadyuva su petición, porque al menos objetivamente sí se da la conducta de fraude a resolución judicial, y en todo caso no puede predicarse su atipicidad en atención a la naturaleza de la decisión a cuyo acatamiento se sustrajo el procesado.

Acorde con lo anterior, la Colegiatura comparte lo concluido por la funcionaria de primera instancia, en cuanto a que realmente no estamos frente una conducta atípica por las razones expuestas por el delegado fiscal, y en ese sentido se confirmará la negativa de preclusión.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

ACTA DE APROBACIÓN Nº 719

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Agosto 30 de 2018. 11:09 a.m. |
| Procesado: | Jhon Fredy Leiton Galindo |
| Cédula de ciudadanía: | 10´023.263 expedida en Pereira (Rda.) |
| Delito: | Fraude a resolución judicial |
| Bien jurídico tutelado: | Eficaz y recta impartición de justicia |
| Procedencia: | Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por el representante de la Fiscalía contra el auto de agosto 28 de 2017 por medio del cual se negó la preclusión solicitada. SE CONFIRMA. |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira se pronuncia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- En mayo 23 de 2013 el Alcalde (E) de Pereira presentó denuncia penal contra JHON FREDY LEITON GALINDO por la conducta punible de fraude a resolución judicial o administrativa, en atención a que incumplió la orden contenida en la Resolución 2684 de junio 28 de 2012 emitida por la Secretaría de Gobierno del municipio, consistente en la clausura de una bodega sin razón social ubicada en la carrera 9ª N°13-62 de esta capital, que estaba siendo dedicada al parqueo de motocicletas y puestos de comidas rápidas, y de la cual LEITON GALINDO era propietario. Decisión que fue adoptada por la falta de documentación mercantil requerida para su funcionamiento como establecimiento de comercio, luego de adelantarse el trámite administrativo policivo correspondiente.

Dicha resolución fue notificada a JHON FREDY en junio 29 de 2012, y frente a la misma no interpuso recurso alguno, por lo cual quedó en firme. En julio 19 siguiente la Secretaría de Gobierno procedió a poner los sellos y a hacer el cierre definitivo, y se dejó constancia en acta firmada por LEITON GALINDO. Posteriormente, en varias visitas de control y vigilancia por parte de funcionarios de la Alcaldía, se logró establecer que el ya referido rompió los sellos y siguió ejerciendo la misma actividad.

1.2.- Una vez adelantadas las labores investigativas pertinentes, en marzo 17 de 2017 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad la Fiscalía le formuló imputación a JHON FREDY LEITON GALINDO por el delito de fraude a resolución judicial -artículo 264 C.P-, cargo que el indiciado NO ACEPTÓ.

1.3.- En junio 13 de 2017 el representante de la Fiscalía presentó solicitud de preclusión a favor de LEITON GALINDO, la cual correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.), despacho ante el que hizo la sustentación en los siguientes términos:

- En la denuncia penal presentada por la Alcaldía de Pereira se hace referencia a que el señor JHON FREDY LEITON GALINDO incumplió una decisión de la Secretaría de Gobierno Municipal -Resolución 2684 de junio 28 de 2012-, emitida dentro de una actuación administrativa que se inició debido a que en calidad de propietario de la bodega “sin razón social” ubicada en la carrera 9 N° 13-62, dedicada al parqueo de motocicletas y puestos de comidas rápidas, no contaba con la documentación exigida para su funcionamiento, por cuanto ese establecimiento no estaba registrado en Cámara de Comercio, y además porque de acuerdo con el plan de ordenamiento territorial respecto al uso del suelo, no era viable que funcionara en esa dirección. En virtud de esas irregularidades se ordenó el cierre de definitivo del mismo, el cual se llevó a cabo tal como consta en acta suscrita por el indiciado, pero días después se tuvo conocimiento que éste no acató lo resuelto, y por tanto se le endilga la conducta punible de fraude a resolución judicial contenida en el artículo 454 C.P.

- Si bien se realizó formulación de imputación -la cual era viable para los funcionarios que lo antecedieron en el cargo-, luego de hacer un análisis de los elementos probatorios recaudados, concluye que la determinación adoptada por el Secretario de Gobierno Municipal no es de carácter administrativo policivo, y mucho menos judicial, conforme lo establecido en las sentencias T-096/14 y T-302/11 -lee los apartes pertinentes-.

- No obstante que la ley ha otorgado facultades tanto a los Inspectores como a los Secretarios de Gobierno, es en el marco de una decisión que defina un aspecto contencioso o con visos jurisdiccionales, esto es, de carácter administrativo de policía, que se puede predicar que ante su incumplimiento se esté en presencia de la conducta punible de fraude a resolución judicial, pero en el presente asunto lo que se aprecia es un procedimiento en el que se verificaron los requisitos de legalidad del establecimiento mercantil ya mencionado, y debido a la ausencia de esos presupuestos se ordenó su cierre. Luego entonces, si hubo un incumplimiento lo fue en la esfera netamente administrativa y no penal.

- El derecho penal protege bienes jurídicos, y en este evento el atinente al delito investigado es la eficaz y recta impartición de justicia, el cual no se ve afectado con la trasgresión a una decisión administrativa que no tiene el carácter de jurisdiccional.

En esos términos –asegura- la Fiscalía debe declinar de la persecución penal y solicitar la preclusión de la investigación por cuanto la conducta no se adecua al tipo penal de fraude a resolución judicial, petición que se soporta en lo establecido en la causal cuarta del artículo 332 C.P.P. -atipicidad del hecho-.

1.4.- La defensa coadyuva y respalda la petición del ente acusador, por cuanto le asiste razón desde el punto de vista fáctico, jurídico y jurisprudencial, al invocar la solicitud con fundamento en lo establecido en el numeral 4º del artículo 322 C.P.P.

1.5.- La funcionaria de primer nivel consideró que no es viable acceder a la petición invocada, y al efecto sostuvo:

La Ley 232/95 establece las normas para el funcionamiento de los establecimientos de comercio, y señala en su artículo 3º que en cualquier tiempo las autoridades policivas podrán verificar el estricto cumplimiento de los requisitos establecidos para el funcionamiento de aquellos. Dentro de esos requisitos están los referentes al uso del suelo, y en este caso particular la no acreditación de esos presupuestos dio lugar al cierre del establecimiento a cargo de indiciado.

En dicha norma se indica que las autoridades policivas son las que deben velar por el cumplimiento de las citadas reglas, y de acuerdo con la Ordenanza 014 de 2006, se tiene como autoridades que ejercen funciones de policía administrativa a nivel municipal al Alcalde y al Secretario de Gobierno, así como los demás funcionarios autorizados por la ley o el reglamento.

En ese orden de ideas, en el caso que nos ocupa la Secretaría de Gobierno por intermedio de la Dirección Operativa de Control y Vigilancia, dictó una resolución administrativa de Policía en acatamiento de lo dispuesto en la referida Ley 232.

En el numeral 8º de la denuncia claramente se señala que realizado el procedimiento policivo administrativo se emitió la Resolución 2684 de junio 28 de 2012, en la que se ordenó el cierre definitivo de la bodega, y dentro de las pruebas se relaciona la copia del procedimiento administrativo policivo adelantado.

La conclusión del despacho, en contraposición al criterio de la Fiscalía, es que la decisión que aquí se tomó fue una resolución administrativa policiva, y en ese orden de ideas no puede hablarse de atipicidad del hecho, puesto que se dan los elementos para establecer que probablemente la conducta sí se adecua a la establecida en el artículo 454 C.P. como fraude a resolución judicial.

1.6.- Inconforme con la decisión adoptada, el representante del órgano persecutor la impugnó, y procedió a sustentar su inconformidad en el acto.

2.- Debate

**2.1.-** Fiscalía -recurrente-

Solicita la revocatoria de la decisión, para que en su lugar se adopte la preclusión invocada, con base en la siguiente argumentación:

Con fundamento en la jurisprudencia aludida en su intervención inicial, el *nomen juris* al cual se contrae el artículo 454 C.P., se rige por el título de los delitos que atentan contra la eficaz y recta impartición de justicia, y por ello considera la Fiscalía que la decisión a la que se hace alusión en este asunto no reviste las características y la naturaleza propia de una determinación judicial, o al menos administrativa de policía, de acuerdo con lo que en criterio de la Corte Constitucional debe entenderse como tal.

Hay lugar a analizarse si una decisión de cierre de un establecimiento, que comporta un acto netamente administrativo no contencioso, como los que pueden hacer los inspectores de policía, tiene la naturaleza del delito consagrado en el artículo 454 C.P., de acuerdo con la interpretación que debe hacerse conforme a esa preceptiva penal.

**2.2.-** La Procuradora indica que se abstiene de intervenir por no haber estado presente en la audiencia de sustentación.

**2.3.-** El profesional que representa los intereses del imputado manifiestó que los planteamientos del señor Fiscal coinciden en un todo con los que tiene la defensa; por tanto, pide que se acepten, se revoque la decisión, y en consecuencia se dé aplicación a la figura de la preclusión. Al respecto agrega:

Efectivamente no se ha violado el bien jurídico tutelado, y en este momento no tendría razón de ser una resolución que data del año 2012, es decir, hace más de 5 años, máxime que el asunto debía resolverse en el plano administrativo por la Alcaldía de Pereira.

En días posteriores a la emisión de ese acto administrativo, su representado cumplió los requisitos exigidos para el funcionamiento del establecimiento a su cargo, y el municipio no ha vuelto a hacer alguna manifestación sobre el particular, lo que quiere decir que él se ha sometido al cumplimiento de la ley. Por esa razón, no se hace necesario que la administración de justicia se desgaste en este tipo de procesos que no afectan el bien jurídico tutelado y menos aún a la administración municipal.

2.- Para resolver, se considera

**2.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395/10-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-.

**2.2.-** **Problema jurídico planteado**

El asunto que concita la atención de la Sala se contrae básicamente a establecer el grado de acierto de la decisión emitida por la primera instancia, mediante la cual se negó la preclusión solicitada a favor del imputado JHON FREDY LEITON GALINDO, al considerar que no se encuentra acreditada la causal invocada por el representante del ente acusador.

**2.3.- Solución a la controversia**

De acuerdo con los hechos planteados en la denuncia presentada por la Alcaldía de Pereira contra LEITON GALINDO, se tiene conocimiento que a éste se le endilga el incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución 2684 de junio 28 de 2012 emitida por la Secretaría de Gobierno del municipio, en la cual se ordenó el cierre del establecimiento de comercio de su propiedad ubicado en la carrera 9ª N°13-62 de esta capital, donde se prestaba el servicio de parqueo, por no cumplir con los requisitos necesarios para su funcionamiento. Dicha determinación fue adoptada luego de realizar todo el trámite respectivo por la Dirección Operativa de Control y Vigilancia, dependencia encargada de verificar el acatamiento de las normas que regulan la materia.

La Resolución fue notificada al señor JHON FREDY en junio 29 de 2012, y ante la no interposición de recursos quedó en firme, por lo que se procedió a instalar los sellos y a hacer el cierre definitivo, tal como consta en acta firmada por el comprometido LEITON GALINDO. Sin embargo, en visitas posteriores de control y vigilancia por parte de funcionarios de la Alcaldía, se logró establecer que el hoy procesado rompió los sellos y siguió ejerciendo la misma actividad.

El delegado fiscal sostiene que la conducta del imputado no puede enmarcarse dentro del delito de fraude a resolución judicial, por cuanto el acto administrativo dictado por la Secretaría de Gobierno “no es administrativo policivo” de conformidad lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencias T-096/14 y T-302/11, y por ello, si en verdad hubo algún incumplimiento, este lo fue en el plano netamente administrativo mas no penal. Y agrega, que el bien jurídico protegido que es la eficaz y recta administración de justicia, no se vio afectado por cuanto la decisión adoptada no es de carácter jurisdiccional. Así las cosas, concluye que hay lugar a decretar la preclusión con fundamento en lo establecido en la causal del numeral 4º del artículo 332 C.P.P. -atipicidad del hecho, petición que es coadyuvada por la defensa.

La funcionaria de primer nivel negó la solicitud preclusiva al estimar que no le asiste razón al representante del ente acusador, puesto que de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 232/95, que regula el funcionamiento de los establecimientos de comercio, las autoridades policivas son las encargadas de verificar el cumplimiento de los requisitos legales respectivos, y de acuerdo con la Ordenanza 014 de 2006, los Secretarios de Gobierno municipales tienen funciones de policía administrativa a nivel municipal; en consecuencia, en este caso la Secretaría de Gobierno a través de la Dirección Operativa de Control y Vigilancia dictó una Resolución Administrativa de Policía, y por ello no puede hablarse de “atipicidad del hecho”, puesto que se dan los elementos para determinar que probablemente la conducta sí se adecua a la establecido en el artículo 454 como fraude a resolución judicial.

El señor fiscal se sostiene en su posición e itera que la decisión a la que se hace alusión en este asunto no reviste las características y la naturaleza propia de una determinación judicial o al menos administrativa de policía, de acuerdo con lo que ha considerado la Corte Constitucional que debe entenderse como tal. Desde su punto de vista la decisión de cierre de un establecimiento, es un acto netamente administrativo y por ello no puede tener la naturaleza del delito consagrado en el artículo 454 C.P.

En criterio de la Colegiatura le asiste razón a la funcionaria judicial a quo en cuanto la normativa aplicable al caso de manera clara permite establecer que nos encontramos frente a una decisión administrativa policiva, y precisamente por ello la inobservancia de lo allí dispuesto puede encuadrarse en el comportamiento penal descrito en el artículo 454 C.P., en el que puntualmente se consagra que incurrirá en esa conducta quien: “se sustraíga **por cualquier medio** al cumplimiento de una obligación impuesta en resolución judicial **o administrativa de policía**”.

En lo atinente a ese punto, como bien lo señaló la jueza de instancia, según lo establecido en el artículo 3º de la Ley 232/95, y en el artículo 4º numeral 2º de la Ordenanza 014 de 2006, las Secretarías de Gobierno cumplen: “funciones administrativas policivas” y éstas tienen aplicación precisamente en los trámites tendientes a verificar el cumplimiento de los requisitos legales para el funcionamiento de los establecimientos de comercio.

Y si bien el recurrente asegura que ello no se acompasa con lo que la Corte Constitucional ha establecido al respecto en las sentencias T-096/14 y T-302/11, debe precisar el Tribunal que dichos pronunciamientos del órgano de cierre en materia constitucional, adoptadas dentro de trámites de acciones de tutelas, no tienen relación con el delito de fraude procesal, porque allí se habla es de la naturaleza jurisdiccional que tienen las determinaciones adoptadas por los inspectores de policía o autoridades con funciones policivas, y la no consagración de recursos contra las mismas en la vía contencioso administrativa, pero en ningún momento se hace alusión a que el incumplimiento doloso a ese tipo de Resoluciones configuren o no el punible por el que aquí se procede.

En contraposición a lo expuesto por el apelante, para la Corporación el comportamiento desplegado por el aquí investigado sí podría afectar, al menos en forma potencial, la eficaz y recta impartición de justicia, toda vez que con su actuación desobedeció lo impuesto por una autoridad administrativa que contribuye precisamente a ese propósito con el control que ejerce sobre ese tipo de asuntos.

En esas condiciones, no puede dársele la razón al delegado de la Fiscalía y al defensor que coadyuva su petición, porque al menos objetivamente sí se da la conducta de fraude a resolución judicial, y en todo caso no puede predicarse su atipicidad en atención a la naturaleza de la decisión a cuyo acatamiento se sustrajo el procesado.

Acorde con lo anterior, la Colegiatura comparte lo concluido por la funcionaria de primera instancia, en cuanto a que realmente no estamos frente una conducta atípica por las razones expuestas por el delegado fiscal, y en ese sentido se confirmará la negativa de preclusión.

Por lo discurrido, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el auto materia de impugnación.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ