

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
Magistrados ponentes**

**AP5402-2014
Radicación 43716
Aprobado acta número 298**

Bogotá, D. C., diez (10) de septiembre de dos catorce (2014)

Sería del caso que la Sala resolviera de fondo el recurso extraordinario de casación presentado por el apoderado de HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA contra el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, si no fuera porque advierte que se configuró el fenómeno extintivo de la prescripción de la acción penal por la conducta punible de *fraude procesal*, en razón de la cual la referida

persona fue condenada por la segunda instancia a setenta y dos (72) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

I. ANTECEDENTES

1. Carlos Arturo Thomas Miranda, residente en Malambo (Atlántico), se trasladó el 25 de marzo de 2004 al municipio vecino de Galapa, en donde tenía con su esposa Yorlanys Meza Rodríguez un lote de terreno de su propiedad. Allí lo encontró ocupado y habitado por Eloísa Roa Sandoval, persona que le aseguró haberlo comprado.

Carlos Arturo Thomas Miranda fue a la Notaría Única de Santo Tomás (Atlántico) y advirtió que en la escritura pública 021 de 8 de enero de 2004 figuraba tanto la cancelación del patrimonio de familia inembargable como la venta del predio por parte de él y su esposa, mediante un supuesto poder especial otorgado a HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA. Ellos, sin embargo, jamás suscribieron ese documento.

La cancelación del patrimonio familiar y la compraventa del inmueble habían sido inscritas al día siguiente (9 de enero) en el folio de matrícula inmobiliaria por parte del Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla.

2. Denunciado tal comportamiento por Carlos Arturo

Thomas Miranda el 30 de marzo de 2004, la Fiscalía General de la Nación ordenó abrir investigación y vinculó a HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA mediante indagatoria. Ejecutoriado el cierre de la instrucción el 24 de enero de 2007, calificó el sumario el 9 de agosto de ese mismo año, acusándolo por los delitos de *fraude procesal y falsedad material en documento público agravada por el uso*, de acuerdo con lo previsto en los artículos «453 [...], 287 [...], 290 del Código Penal parte especial»¹. El primero, con una pena de prisión «de seis (6) a doce (12) años»²; y el segundo, «de tres (3) a seis (6) años»³ aumentados «hasta en la mitad»⁴.

La conducta materia de imputación consistió en engañar «a los funcionarios públicos que en razón de su oficio intervinieron en el acto, léase Notario Único de Santo Tomás, Atlántico, y Director de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla»⁵:

Es decir, el procesado, utilizando poder espurio como medio fraudulento, indujo en error al notario para obtener la escritura pública 021 del 8 de enero de 2004, donde se canceló el patrimonio de familia inembargable y con fundamento en esa escritura se protocolizó la venta del lote 4 de la manzana 31 del matrimonio Thomas-Meza ubicado en el vecino municipio de Galapa, Atl., a favor

¹ Folio 88 del cuaderno de la Fiscalía.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

⁵ Folio 85 ibidem.

de Eloísa Roa⁶.

Esta providencia quedó ejecutoriada el 22 de julio de 2008⁷.

3. Correspondió el conocimiento de la etapa siguiente al Juzgado Penal del Circuito de Soledad (Atlántico), pero debido a una medida adoptada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (acuerdo 8189 de 16 de junio de 2011), las diligencias fueron remitidas al Juzgado Séptimo Penal del Circuito Adjunto de Barranquilla el 24 de septiembre de 2012, despacho que adelantó la audiencia pública y, en sentencia de 18 de junio de 2013, absolvió a HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA por la conducta de *fraude procesal*, pero lo condenó por la de *falsedad material en documento público* a cuarenta (40) meses de prisión y veinticuatro (24) meses de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas. Así mismo, le concedió la prisión domiciliaria, le ordenó pagar por concepto de perjuicios morales quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes y dispuso cancelar la escritura pública de 8 de enero de 2004, al igual que la anotación del 9 de enero siguiente.

Según el funcionario a quo, el delito de *fraude procesal* «no se configura [...] frente a los notarios cuando se protocolizan las

⁶ Ibidem.

⁷ Folio 92 ibidem.

escrituras»⁸. Es decir, «los notarios ni son funcionarios judiciales ni ostentan la condición de autoridades administrativas»⁹ y, por lo tanto, «no le asiste la razón a la Fiscalía para argumentar que fue engañada la Notaría en los referidos trámites»¹⁰.

4. Apelado el fallo tanto por el representante de la parte civil en cabeza de Carlos Arturo Thomas Miranda como por el procesado HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA (el primero, debido a la absolución y los perjuicios materiales; y el segundo, en pro de la prescripción de la acción penal), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante decisión de 10 de diciembre de 2013, **(i)** decretó la cesación del procedimiento por prescripción en cuanto a la conducta punible de *falsedad material en documento público agravada por el uso*; **(ii)** revocó la sentencia absolutoria y, en su lugar, condenó al procesado por el delito de *fraude procesal*, conforme a la pena señalada en el artículo 11 de la Ley 890 de 2004, a setenta y dos (72) meses de prisión e inhabilitación; **(iii)** le negó tanto la prisión domiciliaria como la suspensión condicional de la ejecución de la sanción privativa de la libertad; y **(iv)** confirmó la restitución de derechos y la pena en perjuicios dispuestas por el a quo.

De acuerdo con el ad quem, «el Registrador de Instrumentos Públicos que hizo la anotación final de la compraventa que nos ocupa es sin

⁸ Folio 112 del cuaderno de juicio.

⁹ Folio 114 ibídem.

¹⁰ Folio 115 ibídem.

lugar a dudas un servidor público»¹¹ y «el acto de registro comporta la dimensión de un acto administrativo; es por ello que, cuando se incurre en error o imprecisiones u otros menesteres, le caben inclusive los recursos de ley»¹². Por consiguiente, «no cabe duda [...] que estamos ante un fraude procesal llevado hasta su final consumación, esto es, lograr el registro de propiedad en forma fraudulenta, induciendo en engaño tanto al notario como al registrador de instrumentos públicos, con el propósito deliberado de apropiarse en forma indebida del bien inmueble»¹³.

5. Contra la sentencia de segunda instancia, el abogado de HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA interpuso, al igual que sustentó, el recurso extraordinario de casación.

La Corte declaró ajustada a derecho la demanda el 12 de mayo de 2014 y el Ministerio Público presentó el concepto el 20 de junio siguiente, en el cual solicitó que se declarara la prescripción de la acción penal por el delito contemplado en el artículo 453 de la Ley 599 de 2000.

II. CONSIDERACIONES

1. Según el artículo 83 del Código Penal, la acción penal prescribe «*en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, [...] pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20)*».

¹¹ Folio 25 del cuaderno del Tribunal.

¹² *Ibidem*.

¹³ Folios 25-26 *ibidem*.

Así mismo, el artículo 86 del estatuto sustantivo señala que dicho término *«se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada»*, caso en el cual éste *«comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83»*. Sin embargo, añade el precepto, tal lapso *«no podrá ser inferior a cinco (5) años ni superior a diez (10)»*¹⁴.

Igualmente, ha dicho la Corte que, desde la perspectiva de la casación, cuando el término prescriptivo se agota luego de proferido el fallo objeto del recurso extraordinario, *«es deber del funcionario judicial de segunda instancia, o de la Corte si el fenómeno se produce en el trámite del recurso de casación, declarar extinguida la acción en el momento en el cual se cumpla [...], ya sea de oficio o a petición de parte»*¹⁵:

*Cuando la prescripción opera después de la sentencia de segunda instancia, se debe decretar directamente y cesar procedimiento con independencia del contenido de la demanda (se prescinde del juicio de admisibilidad) por haberse dictado el fallo en forma válida, en cuanto se hallaba vigente la facultad sancionatoria del Estado*¹⁶.

¹⁴ Lo anterior, en la medida en que la conducta no haya contado con la realización o participación de un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, pues, en esos eventos, el término prescriptivo una vez producida la interrupción oscilará, para los asuntos que rigen bajo el sistema de la Ley 600 de 2000, de seis (6) años y ocho (8) meses a trece (13) años y cuatro (4) meses. Cf., al respecto, CSJ AP, 21 oct. 2013, rad. 39611.

¹⁵ CSJ SP, 30 jun. 2014, rad. 18368.

¹⁶ CSJ SP, 21 ag. 2013, rad. 40587

2. En este asunto, HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA fue condenado por el Tribunal como autor responsable del delito de *fraude procesal* de que trata el artículo 453 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 11 de la Ley 890 de 2004, comportamiento que además fue el atribuido en el pliego de cargos y contempla una pena máxima de doce (12) años de prisión.

Lo anterior implicaba que, para la etapa de instrucción, el lapso prescriptivo ascendía a doce (12) años. Y, para la fase del juicio, éste no podía ser superior a los seis (6).

Los hechos del caso tuvieron lugar el 8 de enero de 2004, fecha en la cual el procesado levantó con Eloísa Roa Sandoval la escritura pública que al día siguiente fue inscrita por el Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla.

El 24 de enero de 2007, quedó en firme el cierre de la investigación. El pliego de cargos cobró ejecutoria el 22 de julio de 2008. A partir de esa fecha, se produce legalmente la interrupción del término prescriptivo, lo que implica la configuración de un nuevo lapso para la prescripción que no puede exceder de los seis (6) años.

Como quiera que a esta altura de la actuación operó el término prescriptivo de la acción penal, la Sala declarará la

extinción de la acción penal por la conducta punible de *fraude procesal*.

Así mismo, como en este asunto se ejerció la acción civil con el fin de obtener la indemnización de perjuicios derivada de la realización de la conducta punible, la Sala la declarará prescrita. Lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 98 del Código Penal¹⁷, respaldado por una línea jurisprudencial de elevada reiteración proveniente de la Sala¹⁸. La primera instancia realizará todas las cancelaciones y anotaciones que se deriven de estas declaraciones de prescripción.

Por último, la Corte observa que el juez de primera instancia, en decisión confirmada en ese punto por el fallo de segunda¹⁹, dispuso a modo de medida de restablecimiento del derecho cancelar definitivamente «la anotación número 5 de fecha 09-01-2004 y la escritura pública número 0125 del 08-01-2004 de la

¹⁷ Artículo 98-. *Prescripción*. La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil.

¹⁸ Cf., al respecto, fallos CSJ SP, 23 ag. 2005, rad. 23718; CSJ SP, 20 mar. 2013, rad. 40567; CSJ SP, 21 ag. 2013, rad. 40587; y CSJ SP, 21 oct. 2013, rad. 38433. Así mismo, autos CSJ AP, 29 ag. 2008, rad. 29906; CSJ AP, 10 dic. 2008, rad. 30108; CSJ AP, 12 dic. 2012, rad. 39591; CSJ AP, 20 feb. 2013, rad. 40656; CSJ AP, 6 mar. 2013, rad. 40474; CSJ AP, 13 mar. 2013, rad. 40775; CSJ AP, 24 abr. 2013, rad. 41010; CSJ AP, 24 abr. 2013, rad. 41090; CSJ AP, 22 may. 2013, rad. 41302; CSJ AP, 4 jun. 2013, rad. 41143; CSJ AP, 3 jul. 2013, rad. 41521; CSJ AP, 6 ag. 2013, rad. 41660; CSJ AP, 21 ag. 2013, rad. 41447; CSJ AP, 28 ag. 2013, rad. 41937; CSJ AP, 9 oct. 2013, rad. 42172, entre otras providencias.

¹⁹ Folio 30 del cuaderno del Tribunal.

Notaría Única de Santo Tomás»²⁰.

Cuando es necesario asegurar el restablecimiento del derecho en cualquier momento de la actuación procesal, la Sala ha precisado que, independientemente de los resultados de las acciones penal y civil, la cancelación de los registros obtenidos de manera fraudulenta deberán en cualquier caso mantenerse:

En virtud del restablecimiento del derecho, no obstante la declaración de prescripción de las acciones penal y civil, y desde la perspectiva de los fines del Estado de procurar la “vigencia de un orden justo y la preservación del derecho de propiedad privada” (artículos 1, 2 y 58, modificado por el A. L. núm. 01 de 1999 de la Constitución Política), la Sala no elude el compromiso de restituir los bienes a su legítimo dueño o poseedor pacífico, salvo que se acredite mejor derecho (cf. artículo 64 inc. 2º, artículo 66 de la Ley 600 de 2000)²¹.

Dicha postura tuvo como base la sentencia de la Corte Constitucional CC C-060/08, en la cual el alto tribunal adujo que el restablecimiento del derecho es una garantía de orden intemporal que proviene en forma directa de la Carta Política. En palabras de esta Corporación:

Una apreciación articulada de tal antecedente con las

²⁰ Reverso del folio 126 del cuaderno del juicio.

²¹ CSJ SP, 10 jun. 2009, rad. 22881.

*consideraciones del fallo C-060 de 2008, permiten a la Sala advertir que **el restablecimiento del derecho de la víctima es una garantía intemporal que dimana directamente de la Constitución Política y del cual no puede sustraerse el juez**; por ello, a pesar de la prescripción de la acción como declaración objetiva de extinción de la acción penal legalmente contemplada (artículo 38 de la Ley 600; artículo 77 de la Ley 906 de 2004), la competencia para hacer este tipo de declaraciones **se mantiene** [negrillas dentro del texto original]²².*

En consecuencia, la Sala confirmará las decisiones de restablecimiento adoptadas por las instancia, con la aclaración de que la orden de cancelar el registro no sólo comprenderá la anotación número 5, relativa a la compraventa del inmueble, sino también la anotación número 4, atinente a la «*CANCELACIÓN CONSTITUCIÓN PATRIMONIO DE FAMILIA*»²³, que fue el otro acto realizado por HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA con el fin de venderle en forma fraudulenta el inmueble a Eloísa Roa Sandoval. Para el cumplimiento de esta última decisión, se enviará copia de esta providencia al Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla.

No se adoptará decisión alguna en lo relativo a la libertad del procesado, en la medida en que jamás estuvo privado de ella por cuenta de este proceso.

²² Ibídem.

²³ Folio 5 del cuaderno de instrucción.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**,

RESUELVE

Primero. Declarar prescritas las acciones penal y civil por la conducta punible de *fraude procesal* atribuida a HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, ordenar la cesación del procedimiento adelantado contra esta persona.

Tercero. Disponer que por conducto del juez de primera instancia se profieran las comunicaciones y cancelaciones a que haya lugar a raíz de las decisiones adoptadas.

Cuarto. Mantener las medidas de restablecimiento del derecho ordenadas por las instancias y aclararlas en el sentido de que la orden de cancelación de registro no sólo comprende la anotación número 5, relativa a la compraventa del predio, sino también la anotación número 4, atinente a la cancelación de la constitución de patrimonio de familia sobre el inmueble.

Quinto. Enviar copia de esta decisión a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla para lo de su competencia.

Contra esta providencia, procede el recurso de reposición.

Notifíquese y cúmplase

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Salvamento parcial de voto

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

CASACIÓN 43716
HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radicación 43716.

A continuación expreso las razones por las cuales salvo parcialmente el voto en el proceso referido, pues estimo que en este caso los hechos corresponden al tipo penal de *obtención de documento público falso* y no a *fraude procesal*.

El administrador de justicia, dado el control constitucional y legal que debe ejercer en el cumplimiento de sus funciones, tiene que velar porque a la conducta se juzgue y se le asigne las consecuencias que jurídicamente correspondan con base en la realidad del acontecimiento, sin que las formalidades puedan autorizar solución diferente, como resolver la prescripción de la acción penal con base en una adecuación que no corresponde a la estricta tipicidad de los hechos que dieron origen a la investigación penal, cuando esta última hipótesis es el único fundamento válido y atendible para absolver, condenar o precluir.

La Sala, en el radicado 30.693 de septiembre 7 de 2014, Acta 298, hizo prevalecer la presunción de inocencia frente a la prescripción del delito de *falsedad en documento privado*.

Además, el criterio expresado es de añeja data. La Corte, en providencia de 29 de julio de 1947 (Gacetas 2055-2056), hizo prevalecer las garantías, concretamente la inocencia por sobre la extinción de la acción

penal (*Antología jurisprudencial*, Corte Suprema de Justicia, 1886-2006, Tomo V., p.136), al decidir:

Ha sido jurisprudencia de esta Sala, de acuerdo con un sano criterio de equidad, el decretar que siempre que haya necesidad de cesar el procedimiento penal por causa de la muerte del acusado y cuando obre la prueba de la inexistencia del delito, se dé aplicación al art. 153 del Código de Procedimiento Penal con base en la absoluta inocencia del imputado, con el objeto de que su memoria quede al amparo de cualquier sobra delictuosa.

Luego, no es totalmente cierto y justo que la prescripción impida en todos los casos hacer valoraciones para que la decisión judicial corresponda a la verdad objeto del proceso, propósito que no se cumple si la prescripción de la acción penal se aplica a conducta atípica. Las razones en este asunto son las siguientes:

1. Como la demanda interpuesta por el apoderado de HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA fue declarada desde un punto de vista formal ajustada a derecho, a mi juicio la Sala debe resolver de fondo los problemas jurídicos planteados en el escrito, en armonía con los fines de la casación de buscar la eficacia del derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia, tal como lo consagra el artículo 206 de la Ley 600 de 2000.

En este sentido, el profesional del derecho propuso dos temas de análisis. El primero tiene que ver con la adecuación típica de la conducta punible de *fraude procesal*. Según el demandante, la acción realizada por HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA de ninguna manera implicó la emisión de sentencia, resolución o acto administrativo con

trascendencia judicial en los términos de la descripción típica señalada en el artículo 453 del Código Penal. Así mismo, dijo que el comportamiento del procesado fue ajeno a la presentación de la escritura en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para efectos de inscribir y anotar el negocio en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria.

La postura que el Tribunal había adoptado al respecto consistió en señalar que el procesado incurrió en el delito de *fraude procesal* en tanto **(i)** el Registrador de Instrumentos Públicos es un servidor público y **(ii)** el acto de inscripción es de naturaleza administrativa, sobre el cual proceden incluso los recursos de ley. Además, el Ministerio Público explicó que del discurso del ad quem era posible extraer que el acusado utilizó a Eloísa Roa Sandoval como instrumento para el fin de protocolizar la venta del inmueble y, por consiguiente, le era imputable la inscripción de la escritura y las anotaciones en el respectivo folio.

De los anteriores planteamientos, se deriva un problema jurídico, frente al cual la Corte ha proferido tesis no pacíficas; esto es, se trata de establecer si la obtención de la inscripción y anotación por el Registrador de Instrumentos Públicos de un negocio jurídico celebrado con medios fraudulentos afecta la administración de justicia y si, en particular, encuadra en el delito de que trata el artículo 453 de la Ley 599 de 2000.

El segundo tema objeto de debate está relacionado con la prescripción de la acción penal por la conducta punible de *fraude procesal*, según se desprende de lo dicho por el censor y el Procurador Delegado, quien conceptuó que la acción penal por este comportamiento prescribió el 22 de julio de 2013, pues los efectos de la conducta por la cual el servidor público fue inducido en error culminaron el día de la

inscripción en el registro (esto es, el 9 de enero de 2004).

Admitida la demanda, el juez de casación debe ejercer el control de legalidad rogado por el demandante, pero, más aún, debe extender el cumplimiento de sus deberes para verificar a través del control constitucional que los derechos y garantías de las partes, como el debido proceso, la justicia material y la presunción de inocencia, han sido respetados.

A partir del problema jurídico enunciado, se debe precisar los criterios de la jurisprudencia para resolver el concurso aparente que se presenta frente a la adecuación típica de las conductas punibles de *fraude procesal*, por un lado, y *obtención de documento público falso*, por el otro.

2. En el fallo CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148, la Sala no casó una decisión de segunda instancia respecto de la cual se proclamaba la violación directa de la ley sustancial debido a la aplicación indebida del artículo 453 de estatuto punitivo.

De acuerdo con el demandante en ese asunto, «*por ser [el fraude procesal] un delito contra la administración de justicia y el Registrador de Instrumentos Públicos de Medellín no hacer parte de los órganos que administran justicia ni ejercer funciones jurisdiccionales, el bien jurídico objeto de la tutela no sufrió ningún riesgo ni lesión con la inscripción del acta de diligencia de remate y de la providencia que lo aprueba como tampoco con su anotación en el folio de matrícula inmobiliaria*»²⁴.

La Corte, en cambio, concluyó que «*el acto de inscripción y su*

²⁴ CSJ SP, 7 abr. 2014, rad. 30148.

anotación en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente por parte del Registrador de Instrumentos Públicos, en ejercicio de su cargo, y en cumplimiento de sus funciones, constituye un acto administrativo que crea una situación jurídica particular y surte efectos frente a terceros, razón por la cual el Tribunal no incurrió en el error reprochado en la demanda al dar por estructurada la conducta de fraude procesal»²⁵.

Dicha postura fue sustentada con base en los siguientes argumentos:

2.1. Si bien «el fraude procesal descrito en el artículo 453 [...] tutela el bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia, también protege de manera amplia el de la administración pública»²⁶. Lo anterior, por cuanto «se trata de un tipo penal pluriofensivo cuya determinación se deriva del hecho de recaer la acción en un servidor público, acepción que debe ser entendida en los términos del artículo 20 del Código Penal»²⁷:

Por eso, cuando el tipo penal se refiere al servidor público en general, de ningún modo puede inferirse de la función delimitadora que cumple el bien jurídico que aquel concepto se vincula estrictamente con los funcionarios públicos que administran justicia, con las autoridades administrativas a las que excepcionalmente la ley les atribuya funciones jurisdiccionales o con los particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, porque la naturaleza pluriofensiva del comportamiento y el sentido de la descripción típica permiten señalar que la protección penal abarca a la resolución o al acto administrativo emanado de cualquiera de ellos.

²⁵ Ibídem.

²⁶ Ibídem.

²⁷ Ibídem.

De modo que el tipo penal, al prever que la acción punible puede recaer sobre cualquier servidor público con la finalidad de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, no excluye a ninguno de los relacionados en el citado artículo ni tampoco se refiere exclusivamente a quienes ejercen función jurisdiccional en los términos del artículo 116 de la Carta Política, como lo expresa el casacionista.

2.2. Así mismo, la Corte, en la providencia CSJ AP, 31 jul. 2009, rad. 31759, sostuvo que los términos «*resolución o acto administrativo*» contemplados en el tipo de *fraude procesal* «*no deberán entenderse como conceptos cerrados sino amplios en sus contenidos materiales*»²⁸.

En consecuencia, «*la conducta punible cobija o protege tanto los trámites gubernamentales como judiciales, en la medida que los medios fraudulentos mediante los cuales se induce en error no están dirigidos en particular al juez, a las autoridades o particulares que ejercen funciones jurisdiccionales, sino en general al servidor público del cual se quiere obtener mediante engaño una resolución o acto administrativo contrario a la ley*»²⁹.

3. Posteriormente, en la sentencia CSJ SP, 21 abr. 2010, rad. 31848, la Sala casó un fallo de segunda instancia para variar la calificación jurídica de un *fraude procesal* por una *falsedad en documento privado*, luego de aducir que la conducta de promover un trámite de sucesión ante notario ocultándole la existencia de otras personas con derecho a heredar no se ajusta a la situación típica del

²⁸ Ibídem, citando a CSJ AP, 31 jul. 2009, rad. 31759.

²⁹ Ibídem.

artículo 453 de la Ley 599 de 2000.

En principio, en el marco teórico de dicha providencia, la Corte apoyó el criterio conforme al cual inducir en error al Registrador de Instrumentos Públicos constituye un delito de *fraude procesal*, en armonía con lo analizado en la decisión CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148, reseñada en precedencia. En palabras de la Sala:

Sobre esta figura delictiva resulta relevante señalar que el bien jurídico protegido por el legislador no alude exclusivamente a las actuaciones propiamente judiciales, sino también a aquellas de carácter administrativo en las cuales haya lugar a adoptar alguna decisión que ponga fin a un trámite previamente solicitado por el interesado.

Precisamente por eso es por lo que el funcionario inducido en error por la acción del agente no se reduce únicamente a quien ostenta la condición de juez sino, en general, a cualquier servidor público. De ahí también que la conducta material del ilícito contenga como elemento subjetivo la pretensión de obtener “sentencia, resolución o acto administrativo”, decisiones estas últimas a cargo, justamente, de autoridades administrativas.

Es por lo anterior por lo que quien promueve una investigación disciplinaria ante la Procuraduría General de la Nación, con la pretensión de obtener decisión contraria a la ley, utilizando para el efecto medio fraudulento con el cual induce en error al servidor público encargado de su tramitación, incurre en el ilícito de fraude procesal. Igual conducta comete quien con elemento de la misma naturaleza acude a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos con el fin de obtener su inscripción como propietario de un bien

*inmueble, sin obtener su titularidad de manera válida*³⁰.

Sin embargo, al entrar en materia, es decir, cuando analizó la naturaleza de la actividad notarial, la Corte enfocó el problema desde la perspectiva de determinar si el notario estaba investido para administrar justicia, esto es, si era **(i)** un funcionario judicial, **(ii)** una autoridad administrativa con atribuciones jurisdiccionales o **(iii)** un particular habilitado para ejercerlas:

El artículo 116 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 3 de 2002, señala expresamente los órganos que administran justicia, mencionando como tales a la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los jueces, así como la Justicia Penal Militar. Establece también que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

La misma disposición, en su inciso tercero, prevé que la ley excepcionalmente podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, excepciona la función de adelantar la instrucción de sumarios y el juzgamiento de delitos.

De acuerdo con el inciso cuarto del citado precepto, los particulares pueden también ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos

³⁰ CSJ SP, 21 abr. 2010, rad. 31848.

*que determine la ley*³¹.

La respuesta de la Sala a ese interrogante (es decir, si el notario es juez, servidor público con funciones de jurisdicción o particular autorizado para administrar en forma transitoria justicia) no fue positiva. En primer lugar, porque el notario carecía de atribuciones naturales de actividad judicial:

*Como se observa, los notarios no están incluidos entre las autoridades con atribución natural para administrar justicia. Queda entonces la posibilidad de que lo puedan hacer excepcionalmente, bien por ser autoridades administrativas o por ostentar la condición de particulares*³².

En segundo lugar, porque ni siquiera se trataba de un servidor público y, por lo tanto, tampoco podía considerarse una autoridad administrativa con competencia para ejercer actos de jurisdicción:

[S]i bien los particulares que ejercen la función notarial son autoridades estatales, en cuanto realizan una actividad de la cual es titular el Estado, aquellos no son, en sentido subjetivo, servidores públicos, por cuya razón no ostentan la condición de autoridades administrativas.

Sobre el particular, en la sentencia C-1159 de 2008, [la Corte Constitucional] señaló lo siguiente:

“[...] En esas condiciones, debe concluirse que los notarios, por no

³¹ Ibídem.

³² Ibídem.

ser autoridades administrativas, no pueden ser titulares de la función jurisdiccional” (subraya la Sala).

Como se observa, los notarios ni son funcionarios judiciales ni ostentan la condición de autoridades administrativas. Precisamente, por esto último tampoco se les puede facultar para administrar excepcionalmente justicia, con apoyo en lo dispuesto en el inciso 3º de la Constitución Política³³.

Y tercero, porque la Carta Política no incluye la actividad notarial como una propia de los particulares habilitados para ejercer funciones judiciales de manera transitoria:

[A]unque en calidad de particulares podrían, con fundamento en el citado artículo 116, ejercer funciones jurisdiccionales, no puede pasarse por alto que la autorización constitucional solamente se extiende para actuar como jurados en causas criminales, así como conciliadores o árbitros en virtud de habilitación por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada, sin comprender entonces actividades como la tramitación de actuaciones sucesorales³⁴.

Esta providencia contó con el salvamento de voto de un magistrado, de acuerdo con el cual la decisión mayoritaria contradijo lo que se arguyó en la providencia CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148, atinente a la inscripción y anotación por parte de los Registradores de Instrumentos Públicos, en el sentido de que el bien jurídico afectado con la realización del tipo del artículo 453 del Código Penal no es sólo la

³³ Ibídem. Subrayado dentro del texto original.

³⁴ Ibídem.

recta y eficaz impartición de justicia, sino también la administración pública, y por lo tanto la norma igualmente debía proteger la actividad de los notarios, pues éstos *«cumplen funciones públicas y realizan trámites gubernativos susceptibles de ser afectados a través de la conducta punible de fraude procesal»*³⁵. En palabras del funcionario disidente:

En efecto, en el fallo objeto de casación, el procesado [...] fue declarado autor penalmente responsable de la conducta punible en comento, la cual desestimó la Sala apoyada en cita de la Corte Constitucional, considerando que “los notarios, por no ser autoridades administrativas, no pueden ser titulares de la función jurisdiccional”.

Acorde con ello, determinó la Sala que no es viable predicar la estructuración del delito de fraude procesal, en cuanto este comportamiento implica la pretensión de obtener sentencia, resolución o acto administrativo, decisiones que no se encuentran bajo el resorte de los notarios.

Dicha apreciación contraviene lo decidido en reciente pronunciamiento (sentencia del 7 de abril de 2010, radicado 30148), en el cual, refiriéndose a un trámite llevado a cabo por un Registrador de Instrumentos Públicos, la Corte concluyó que respecto de las actuaciones impulsadas ante esas autoridades, sí se tipificaba el delito de fraude procesal.

En esa ocasión, [...] se precisó que por razones de técnica legislativa, una conducta que puede encontrarse contemplada en

³⁵ Salvamento de voto al fallo CSJ SP, 21 abr. 2010, rad. 31848.

un bien jurídico omnicomprendido es igualmente “objeto de tutela en otro específico inmerso en él”, como sucede en el caso de la conducta punible de fraude procesal, que si bien se encuentra ubicada en el título que protege la recta y eficaz impartición de justicia, también ampara de manera amplia la administración pública.

Para la Sala, entonces, se trata de un tipo penal pluriofensivo cuya determinación se deriva del hecho de recaer la acción en un servidor público, acepción que debe ser entendida en los términos del artículo 20 del Código Penal.

[...] Con base en la anterior argumentación, la Corte sostuvo que las actuaciones adelantadas ante el Registrador de Instrumentos Públicos, v. gr., la inscripción y anotación en el folio de matrícula inmobiliaria, constituye un acto administrativo que crea una situación jurídica particular y surte efectos frente a terceros.

Avaló, por consiguiente, la configuración del ilícito de fraude procesal en esas diligencias.

Por ello, resulta contradictorio, con lo que se dice en aquella decisión, lo que se aduce en el fallo aprobado por la mayoría [...].

Recuérdese que los notarios realizan actos y trámites gubernamentales que como tales, según lo ha reseñado la jurisprudencia de la Sala, son susceptibles de tutela a través del delito de fraude procesal, en la medida, se repite, que los medios fraudulentos mediante los cuales se induce en error no están dirigidos en particular al juez, a las autoridades o particulares que ejercen [funciones] jurisdiccionales, sino en general al servidor

público del cual se quiere obtener mediante engaño una resolución o acto administrativo contrario a la ley.

En este orden de ideas, si la inscripción de un bien en la oficina de registro público a través del Registrador respectivo, como lo reconoció la Sala, puede verse afectada por una conducta delictiva constitutiva de fraude procesal, lo mismo podría decirse con relación a la protocolización de una escritura pública o la inscripción en el registro civil de las personas, para citar solo dos ejemplos de trámites que realizan los notarios, pues, en todos estos casos, un servidor público está avalando situaciones jurídicas concretas³⁶.

4. Al analizar los fallos en cita, se advierten dos (2) posturas teóricas para los fines de establecer la configuración típica descrita en el artículo 453 del Código Penal.

Por un lado, la contemplada en el fallo CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148, según la cual el tipo de *fraude procesal*, al incluir las expresiones «*servidor público*» y «*sentencia, resolución o acto administrativo*», no sólo busca proteger la administración de justicia, sino la administración pública en general, de suerte que también abarcaría cualquier trámite gubernamental o de similar índole.

Y, por otro lado, la prevista en la sentencia CSJ SP, 21 abr. 2010, rad. 31848, que, aunque formalmente ratificaba la anterior decisión frente a las actuaciones ante el Registrador de Instrumentos Públicos³⁷,

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Cf., por ejemplo, expresiones en la sentencia CSJ SP, 21 abr. 2010, rad. 31848, como la siguiente: «Significa lo anterior que cuando el notario adelanta por petición de las partes una sucesión no ejerce funciones jurisdiccionales. Su labor tampoco reviste naturaleza administrativa, pues, como se dijo, no ostenta la condición de autoridad de esa estirpe. En esas condiciones, no es viable predicar aquí la

sostenía como argumento central que si el inducido en error (en ese caso, el notario) carece de atribuciones de jurisdicción, no sólo porque no ostenta la calidad de servidor público, sino porque tampoco se trata de un particular o una autoridad administrativa habilitados para ejercerlas, no se incurre en el *fraude procesal*. Este criterio, sin embargo, fue el que precisamente desestimó la Corte en el fallo CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148.

El debate, entonces, tendría que estar circunscrito a establecer si la conducta de inducir en error a un servidor público con el propósito de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley debería predicarse de actuaciones (ya sea de índole judicial o administrativa) en las cuales se debate un derecho o si, por el contrario, comprende cualquier acto gubernamental, además de los de jurisdicción, susceptible de producir efectos jurídicos.

5. Al respecto, el suscrito considera que el delito de *fraude procesal* se configura únicamente en relación con asuntos judiciales o administrativos de connotación jurisdiccional, es decir, en los que se induzca en error a un servidor público con deberes y facultades concretas de decisión, disposición, adjudicación o reconocimiento de derechos (son actos de justicia), según sea el caso. Lo anterior, por las siguientes razones:

5.1. Los fundamentos de la sentencia CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148, no son contundentes. El principal argumento para aducir que la conducta punible de *fraude procesal* afectaba no sólo la eficaz y recta

estructuración del delito de fraude procesal, en cuanto ese comportamiento implica la pretensión de obtener sentencia, resolución o acto administrativo, cuyas decisiones no se encuentran bajo el resorte de los notarios». Ninguna de estas consideraciones, sin embargo, hace parte de los argumentos principales del fallo, ya reseñados en precedencia.

impartición de justicia (sino, en un sentido más amplio, la administración pública) radicó en que el tipo del artículo 453 del Código Penal se refería como sujeto materia de inducción en error al «*servidor público*».

Tal argumento no es unívoco y aceptándose como válido no hace prevalecer el bien de la administración pública por sobre el de la impartición de justicia en el *fraude procesal*. Esa lectura, en todo caso, se aleja la claridad y precisión de la redacción de la citada conducta punible. Desconoce el principio de estricta legalidad y tipicidad, pues involucra conductas de autoridades administrativas que no resuelven asuntos litigiosos, derechos de partes y cuyo fin es estrictamente cumplir una función administrativa.

Admitir, como hasta ahora lo ha hecho la jurisprudencia, que la naturaleza pluriofensiva del *fraude procesal* es suficiente para la consumación de esta conducta que se ofenda a la administración pública, así no ocurra lo propio con la administración de justicia, para involucrar en ese ilícito todo acto administrativo obtenido con fraude, no es más que un equivocado entendimiento de esa modalidad de protección del legislador, como pasa a demostrarse.

Los tipos penales pluriofensivos amparan un número plural de intereses jurídicos, lo que debe entenderse bajo los siguientes parámetros:

(i) No significa que los bienes tutelados secundariamente desplacen al principal.

(ii) Tampoco debe entenderse que uno de los intereses subsidiarios de manera independiente en otro tipo penal pueda tutelar la conducta como otra modalidad delictiva, precisamente por poner en riesgo en un

caso dado el bien jurídico primigenio.

(iii) Que el bien jurídico principal que el legislador selecciona para ubicar el tipo penal no deba ser agredido o puesto en peligro de manera grave no es un criterio válido en todos los casos para interpretar los tipos pluriofensivos, sin la ofensa a ese interés la acción no es típica de esa descripción, podrá serlo de otra y al amparo de un bien jurídico diferente. Y ello es así porque si una conducta óntica no estructura la totalidad de los elementos del tipo penal y el bien jurídico es uno de ellos, no habrá adecuación sin atentar contra el bien principalmente protegido, a lo sumo la conducta corresponderá a otra tipicidad si así está prevista.

iv) En los tipos pluriofensivos, cuando no se pone en riesgo el bien jurídico principal, pero el legislador no previó una modalidad delictiva al amparo del interés subsidiario, es una situación en la que es suficiente para la tipicidad que se reúnan las demás exigencias del tipo conforme al derecho principal resguardado por la ley penal.

De no interpretarse de la manera indicada los tipos pluriofensivos habrá que admitirse entonces absurdamente que los titulares de los bienes jurídicos principales y subsidiarios serían sujetos pasivos de la conducta punible, cuando de manera pacífica se admite que solamente lo es el titular del bien jurídico afectado.

En la doctrina nacional se afirma que *«en los tipos de conducta pluriofensiva cuando no existe el bien jurídico primariamente tutelado y se vulnera el subsidiario, la conducta será típica respecto de él si se acomoda a todos sus elementos, o típica respecto de aquel que protege por separado el bien jurídico secundariamente tutelado en el tipo primitivo, en la medida*

en que aquel se subsuma plenamente»³⁸.

El argumento referido en el párrafo anterior es incompleto en su primera premisa. Si el bien jurídico primario no existe bajo el entendido de que no es lesionado, no puede decirse que la tipicidad persiste si no se verifica la consagración de la conducta en otro tipo penal y solamente a falta de ello el examen de adecuación procederá con fundamento en el interés subsidiario si concurren los demás elementos

La anterior precisión se corrobora con la segunda premisa del párrafo que se viene comentando de la doctrina nacional, en cuanto a que de resultar la conducta atentatoria solamente del bien jurídico secundariamente protegido será típica del “*tipo primitivo*”, lo que se antoja la solución como la que deviene acertada pues ha de entenderse que el legislador en descripción diferente ha regulado la conducta, precisamente porque el bien jurídico principal no se sacrifica dada una exigencia específica que se quiere tutelar y sin la cual la adecuación se traslada a otra modalidad delictiva, además de que no se dan los demás requisitos para admitir esta última tipicidad.

Los conceptos expresados, aplicados a las conductas fraudulentas que obtienen un acto administrativo, obligan a precisar que algunos ofenden a la vez la administración pública o la fe pública y la eficaz y recta impartición de justicia (fraude en un proceso de jurisdicción coactiva o disciplinario), otros por cumplir meramente una función administrativa ofenden únicamente la administración pública o la fe pública (fraude para obtener un documento público falso como la inscripción en catastro, industria y comercio, registro civil de nacimiento

³⁸ Reyes Echandía, Alfonso, *La tipicidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, p. 162.

o defunción, oficina de registro de instrumentos públicos).

Nótese entonces que cuando el acto administrativo no ofende el bien jurídico primario (administración de justicia), la lesión o el peligro es exclusivo del interés o los intereses secundarios (administración pública o de pública), lo que obliga a trasladar el encuadramiento típico al título en donde la Fe Pública es principal y bajo cuyo amparo se describe el fraude al servidor público para reprocharlo como obtención de documento público falso.

En el tipo de *fraude procesal*, si en el juicio de lesión se prescinde del bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia, como la administración pública o la fe pública, conforme lo ha venido haciendo la jurisprudencia de la Sala hasta ahora, descontextualiza la descripción típica del fraude procesal, se aparta de la voluntad del legislador quien eligió al primero de los intereses jurídicos señalados como el llamado en el *fraude procesal* a prevalecer en el campo del derecho penal mínimo, porque de no entenderse así el alcance interpretativo corresponde a una criminalización expansionista o de derecho penal máximo.

Y, de hecho, ha aducido la doctrina, en relación con los tipos pluriofensivos, que «[a] pesar de la pluralidad de bienes a que la conducta típica se refiere, el legislador ubica estos tipos dentro del título que protege el bien que considera más importante o más hondamente lesionado»³⁹. Es decir, que en el caso del artículo 453 de la Ley 599 de 2000, siguiendo con la postura de la Sala en el fallo CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148, el bien jurídico principal que se pretende amparar de manera preferente es la eficaz y recta impartición de justicia.

³⁹ *Ibidem*, p. 161.

El artículo 453 sólo se predica de procesos judiciales o administrativos con connotaciones de jurisdicción. El interés jurídico tutelado sería principalmente la recta impartición de justicia, de manera que sólo podría hablarse de una posible lesión a la administración pública o fe pública cuando de actuaciones administrativas de naturaleza jurisdiccional se tratase, en tanto la atribución de funciones judiciales a esas autoridades es excepcional, por mandato del inciso 3° del artículo 116 de la Carta Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002:

Artículo 116-. [...] / Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

En el fallo CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148, para sostener la tesis según la cual el *fraude procesal* se configura cuando se induce en error a un servidor público en cualquier actuación judicial o gubernamental, consistió en afirmar que la frase «*resolución o acto administrativo*» debía entenderse en un sentido amplio en cuanto a sus contenidos materiales:

Desde la perspectiva del derecho sustancial, objetivo máximo de la casación penal entendida como control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segundo grado, se hace necesario reiterar que dentro de los términos “resolución o acto administrativo” se implican toda clase de decisiones entre las que se encuentran autos interlocutorios o providencias de autoridad judicial o gubernativa. En esa perspectiva, si bien es cierto el nombre de aquéllos deriva del derecho procesal, no deberán entenderse como conceptos cerrados sino amplios en sus

*contenidos materiales*⁴⁰.

Por tanto, aun bajo la concepción de ser el *fraude procesal* un tipo penal pluriofensivo, si el acto administrativo no atenta contra el bien jurídico principal no procede la adecuación en ese tipo penal.

5.2. El artículo 453 del Código Penal fue inicialmente concebido por el legislador como un delito que afecta única y exclusivamente a la administración de justicia.

En la *Ponencia para primer debate en Comisión Primera de la Cámara del Proyecto de Ley por el cual se expide el Código Penal*, que culminó en la Ley 599 de 2000, se sostuvo como fundamento de la punición del *fraude procesal* que dicho «comportamiento [...] es de aquellos de común ocurrencia, prácticamente se constituye en un lastre para la administración de justicia, siendo un elemento perturbador que es necesario combatir con severidad». Es decir, que el interés jurídico tutelado continuaba siendo, al igual que en el código pasado, la administración de justicia o, como se le denominó en el actual estatuto, su recta y eficaz impartición.

Adicionalmente, en la *Exposición de motivos del Proyecto de Ley Número 40 de 1998 Senado*, se sostuvo acerca del bien jurídico en los delitos contemplados en el Título XVI («contra la recta y eficaz impartición de justicia») de lo que hoy en día equivale al Código Penal que «no se trata de proteger sólo los atentados contra la justicia en términos de organización formal, sino todo agravio o atentado contra los mecanismos por medios de los cuales se discierne y se reconoce el derecho»⁴¹. En otras palabras, que

⁴⁰ CSJ AP, 31 ag. 2009, rad. 31759, citado en CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 20148.

⁴¹ Gaceta del Congreso Número 139, 6 de agosto de 1998.

el ámbito de cobertura de los delitos cobijados por aquel Título no podía ir más allá de las actuaciones en las cuales hubiese actividad jurisdiccional, así formalmente no pertenecieran a esta última, es decir, a aquellos procesos administrativos en los que se adjudica o debate la titularidad de un derecho en determinada persona.

La anterior postura admite una única interpretación del artículo 453 de la Ley 599 de 2000: la obtención de sentencia, resolución o acto administrativo buscada por el sujeto agente debe materializarse en relación con actuaciones que conlleven funciones jurisdiccionales, de corte judicial o administrativo, porque sólo de esta manera podría afectarse la eficaz y recta impartición de justicia.

5.3. Tanto el Título XVI en donde se halla consagrado el tipo («*DELITOS CONTRA LA EFICAZ Y RECTA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA*») como el rótulo que lo define (*fraude procesal*) indican sin lugar a dudas que la conducta se predica solamente de procesos, bien sean judiciales o administrativos, que en tanto tales presuponen una discusión o pretensión de parte acerca de la existencia de un derecho.

En efecto, además de los elementos del tipo, también el rótulo (o denominación jurídica) y el bien jurídico a cuyo amparo el legislador describe una conducta constituyen reglas hermenéuticas que permiten en el proceso de adecuación fijar tanto el contenido como el alcance en su aplicación dentro de una situación específica dada.

Por un lado, es incuestionable dentro de la categoría de la tipicidad la función de sistematización que cumple el bien jurídico, entendida ésta como un criterio de clasificación para organizar en capítulos y títulos los tipos, de suerte que en ellos quedará inscrito no sólo el objeto principal de su protección, sino además un punto de apoyo válido en aras de delimitar

su configuración, precisar la antijuridicidad material, emplearlo como argumento de política criminal o determinar el momento consumativo de la conducta, entre otras orientaciones. De ahí que en el evento de obviar esta función sistematizadora del interés jurídico, además de suplantar la voluntad legislativa, se terminaría por penalizar conductas no correspondientes a la descripción legal o que podrían adecuarse a previsiones de otras normas penales ubicadas en bienes jurídicos distintos, tarea que en cualquier caso le está vedada al intérprete.

Por otro lado, la alusión a ‘proceso’ en el rótulo de *fraude procesal* comprende toda actuación (judicial o administrativa) que implique el cumplimiento de una función jurisdiccional.

En un sentido amplio, debe entenderse por ‘proceso’ los trámites o las etapas que progresivamente se cumplen para ejecutar una función por una autoridad en el ámbito judicial, administrativo o legislativo. En un sentido restringido, sin embargo, ‘proceso’ es aquel caracterizado por un fin específico, vinculado de manera inescindible con la administración de justicia, que consiste en resolver en derecho una controversia contenciosa o voluntaria en un caso concreto, por autoridad administrativa o judicial.

Para estos efectos, hay que distinguir además entre **(i)** el proceso administrativo y **(ii)** el procedimiento (o trámite) administrativo. El primero es aquel rito en el cual se cumplen de manera necesaria las funciones administrativa y judicial dentro de una situación específica. Y el segundo es aquel que, si bien culmina con un acto administrativo, conlleva como manifestación de la administración pública el cumplimiento exclusivo de funciones administrativas, siendo ejemplo de esta última situación el trámite que sigue a radicar un certificado médico de nacimiento para que por medio de su respectiva calificación el

Registrador del Estado Civil autorice inscribir el registro civil de determinada persona.

En la doctrina se ha precisado la distinción entre proceso y procedimiento administrativo de la siguiente forma:

En efecto, razones históricas y políticas han dado a la idea de proceso un significado más alto y valioso que el de mera secuencia de actos estatales destinados a un fin determinado: Le han atribuido la característica fundamental de ser una secuencia de actos que tienen por fin decidir una controversia entre partes (litigio) por parte de una autoridad imparcial e independiente (juez) con fuerza de verdad legal (autoridad de cosa juzgada). No importa fundamentalmente, tal vez, que el acto del juez resuelva estrictamente un litigio, o que en cambio se refiera a las materias llamadas de “jurisdicción voluntaria”; pero sí es fundamental que el acto final del proceso sea un acto judicial, es decir, una decisión proveniente de una autoridad imparcial e independiente, “desinteresada” respecto del proceso.

Aplicar el concepto de proceso a todo conjunto de actos dirigidos a la formación o la aplicación de normas jurídicas (sean éstas jurisdiccionales, administrativas o judiciales) implica quitarle ese carácter fundamental y tradicional de medio o técnica para la administración de justicia. Bien es cierto que también la actuación de los órganos administrativos y legislativos está sujeta a ciertos principios constitucionales básicos y también comunes al proceso, y que igualmente tienen en definitiva como principio rector el de la justicia: pero no por ello puede olvidarse que es precisamente en el proceso judicial donde se hará la determinación definitiva y correctora del derecho y la justicia en un caso concreto, controlando y

eventualmente prescindiendo de la actuación y las conclusiones de los órganos legislativos y administrativos. Por esas razones y por la conveniencia de establecer una diferencia terminológica entre el conjunto de actos de la administración y el conjunto de actos judiciales que versan sobre actos de la administración, creemos preferible mantener la designación de proceso estrictamente para el proceso judicial.

[...] Es necesario ahora distinguir proceso y procedimiento. Proceso es un concepto teleológico, procedimiento un concepto formal. Al hablar de proceso se destaca que el conjunto de actos en consideración tiene por finalidad esencial llegar al dictado de determinado acto: En el concepto que adoptamos, ese acto es el jurisdiccional. Al hablar de procedimiento, por el contrario, se prescinde del fin que la secuencia de actos pueda tener, y se señala tan solo ese aspecto externo, de que existe una serie de actos que se desenvuelven progresivamente.

Por ello el proceso y el procedimiento tienen de común que ambos son una serie o sucesión de actos coordinados; pero mientras que la mera serie o sucesión de actos coordinados basta para constituir un procedimiento, no alcanza para caracterizar un proceso. Todo proceso, “por ser su primer elemento una serie o sucesión de actos coordinados, implica el procedimiento; todo proceso comporta un procedimiento”; pero en cambio no todo procedimiento implica o comporta un proceso.

En efecto, es obvio que restringido el concepto de proceso sólo a aquel que tiene por objeto realizar la función jurisdiccional a través de órganos imparciales e independientes, todas las series de actos realizados en cumplimiento de alguna función estatal quedarán

englobados dentro del concepto genérico de procedimiento [...].

Se sigue de lo anterior que al hablar de derecho procesal nos estaremos refiriendo únicamente a las ramas de la ciencia del derecho que estudian las normas que rigen los distintos procesos judiciales: Civil, comercial, penal, contencioso-administrativo.

Respecto al último, es de destacar que modernamente se ha simplificado la denominación, y en lugar de hablarse de proceso contencioso-administrativo (o sea, contiendas ante la justicia de un particular contra la administración), se prefiere designarlo como proceso administrativo, el cual será estudiado entonces por el derecho procesal administrativo.

En tal terminología, por lo tanto, el derecho procesal administrativo se refiere sólo a los procesos judiciales contra la administración, y no abarca el estudio del procedimiento administrativo en que se desenvuelve la función administrativa⁴².

En este orden de ideas, el delito de *fraude procesal*, como su denominación jurídica lo indica, sólo debería predicarse de los procesos administrativos, es decir, de cualquier actuación de esa índole que conlleve en el servidor público funciones de jurisdicción, y no de los procedimientos administrativos, esto es, de los trámites ante la administración que tienen fines distintos al de resolver un conflicto decidiendo o adjudicando un derecho.

5.4. La opinión dominante en la doctrina nacional ha considerado que el delito de *fraude procesal* alude a procesos judiciales y

⁴² Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo V. Primeras obras. Libro III. Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, FDA, 2012, pp. 6, 8 y 9.

administrativos de carácter dispositivo o decisorio, y no a cualquier actuación o trámite gubernamental, debido no solo a la función del bien jurídico que la norma pretende proteger, sino además al rótulo previsto en el tipo. Por ejemplo:

El medio fraudulento, expresión eliminada al revisar los proyectos de 1979 y reinstalada después sin que se conozca por quién ni cuándo, es forzoso que se emplee en un proceso jurisdiccional o administrativo, pues el título del artículo es parte del texto y en él se enuncia precisamente el “fraude procesal”⁴³.

Uno de los requisitos que presupone la acción descrita e indicada con el verbo inducir es la existencia de un proceso judicial o administrativo, sea de carácter civil, laboral o contencioso administrativo, o bien trátase de actuaciones cumplidas por autoridades administrativas con poder legal dispositivo y decisorio, como ocurre con los llamados “jueces de ejecuciones fiscales” que funcionan por cuenta de las secretarías de Hacienda. De suyo esta figura adopta el específico nombre de fraude procesal y esto es tanto como decir “dentro del proceso”. Más aún, la tipicidad mencionada advierte que el defraudador pretenderá que el juez o empleado oficial, haciendo uso de su poder decisorio, dicten sentencia o resolución o acto administrativo, para lo cual lo engaña, a fin de obtener una decisión esencialmente injusta. Supone, por tanto, que quien todo esto hace está actuando dentro de los límites de un proceso, en el cual va a ser oído y merece respuesta, según la ley; y que del funcionario con poder decisorio se espera una providencia judicial o administrativa con aptitud dispositiva de bienes, según la

⁴³ Pérez, Luis Carlos, *Derecho penal. Partes general y especial*, Tomo III, Temis, Bogotá, 1984, p.

misma ley. Entonces el fraude procesal se mueve, exclusivamente, en la esfera del proceso judicial o administrativo. / Precisamente porque el ámbito de ejecución de un fraude procesal es el proceso mismo, se tiene como un delito contra la administración de justicia. El fraude busca el engaño del juez con el fin de hacerlo adoptar decisiones injustificadas, pero conforme a la ley, que despojen a una contraparte de sus derechos, en beneficio del defraudador⁴⁴.

[H]ay que tener presente siempre el concreto y específico interés jurídico tutelado, que es únicamente la administración de justicia y no otro; de esa manera, no puede ser punible, al menos como fraude procesal, el engaño para obtener acto administrativo o resolución que no tenga el carácter de judicial, [...] esencialmente por ausencia de objeto jurídico, porque no es posible vulnerar o poner en peligro a la administración de justicia con comportamientos que nada tienen que ver con ella⁴⁵.

5.4. También la jurisprudencia de altas corporaciones, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, han sostenido la opinión de acuerdo con la cual el *fraude procesal* únicamente se realiza cuando se induce en error a un servidor público con poder coercitivo de decisión.

Por un lado, la Corte Constitucional, en el fallo CC C-1164/00, mediante el cual declaró exequible el artículo 182 del Decreto Ley 100 de 1980⁴⁶ (actual artículo 453 de la Ley 599 de 2000⁴⁷), no sólo especificó

⁴⁴ Ferreira Delgado, Francisco J., *Delitos contra la administración pública*, Temis, Bogotá, 1985, p. 265.

⁴⁵ Camacho Flórez, Jaime, 'Delitos contra la administración de justicia', en Reyes Echandía, Alfonso, y otros, *Derecho penal. Parte especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Tomo I, p. 467.

que «lo que determina que la ley haya definido esta conducta como punible es el bien jurídico de la administración de justicia»⁴⁸, sino adujo igualmente que «para la consumación del ilícito [...] sólo requiere, como fácilmente se colige de su simple lectura, que se produzca la inducción en error para obtener una decisión ilegal»⁴⁹, con lo cual ratificó que la expresión «sentencia, resolución o acto administrativo» debe referirse a las actuaciones judiciales o administrativas en las que el servidor público ostenta facultades decisorias.

Por otro lado, la Sala, en la providencia CSJ AP, 31 jul. 2009, rad. 31759 (citada por la Corte en el fallo CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148), señaló que el *fraude procesal* ocurre en actuaciones judiciales o administrativas en las cuales haya discusión de derechos de una determinada persona:

El delito por el que resultó absuelto [...], como su propio nombre específico lo indica, es un injusto típico intra-procesal, entendiéndose desde la teoría por proceso una actuación judicial o administrativa en la que hay contención y discusión de derechos de alguna persona determinada, de lo cual se infiere que la autoría y dominio del hecho del mismo está radicada de manera exclusiva en los sujetos procesales que intervienen como partes al interior de un trámite que corresponda a las naturalezas en mención.

⁴⁶ Artículo 182-. *Fraude procesal*. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

⁴⁷ Artículo 453 [modificado por el artículo 11 de la Ley 890 de 2004]-. *Fraude procesal*. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

⁴⁸ CC C-1164/00.

⁴⁹ *Ibidem*.

[...] *Puede afirmarse que para la consolidación del elemento normativo “induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley”, como es de su esencia, se requiere que al interior de la actuación judicial o administrativa en la que haya discusión de derechos de alguna persona determinada, el sujeto como parte hubiese colocado en acción instrumental o en algunos casos medios probatorios fraudulentos, los que como instrumentos tengan la idoneidad para inducir en error, sin que para su consumación se exija la generación ni el efecto real del error*⁵⁰.

5.5. Y, en el derecho comparado, la situación no ha sido diferente. En países como Italia y México, las redacciones de los tipos que corresponden al *fraude procesal* colombiano no dejan duda alguna en cuanto a que su ámbito de aplicación se circunscribe a los procesos judiciales o administrativos. Así, el artículo 374 del Código Penal italiano señala:

Artículo 374-. El perito que, en la ejecución de un dictamen pericial, o el que, en el curso de un proceso civil, administrativo o penal, o anterior a este último, cambien artificiosamente el estado de lugares, de cosas o de personas, con el fin de engañar al juez en una diligencia de inspección o de reconstrucción judiciales, serán

⁵⁰ CSJ AP, 31 jul. 2009, rad. 31759. En este caso, la Corte no admitió la demanda, tras argüir que la decisión absolutoria del ad quem era ajustada a derecho, por cuanto no se había demostrado en la actuación procesal que los medios fraudulentos los hubiese empleado el procesado en alguna actuación de naturaleza judicial o administrativa. En palabras de la Sala: «Era de necesidad probatoria que a la investigación adelantada en las instancias se hubiese allegado copia del proceso ejecutivo adelantado en el Juzgado Primero Civil Municipal de Cali, despacho que según la información del denunciante decretó el embargo y secuestro de referencia, a efectos de verificar la actuación de las partes y por ende el delito de fraude procesal, el cual tiene su espacio material es [sic] al interior de actuaciones judiciales o administrativas».

castigados, si el hecho no estuviese previsto como infracción por alguna disposición legal especial, con reclusión de seis (6) meses a tres (3) años.

Y, a su vez, el artículo 310 del estatuto penal de México Distrito Federal contempla:

Artículo 310-. El que para obtener un beneficio indebido para sí o para otro simule un acto jurídico, un acto o escrito judicial o altere elementos de prueba y los presente en juicio, o realice cualquier otro acto tendiente a inducir en error a la autoridad judicial o administrativa, con el fin de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, se le impondrán de seis (6) meses a seis (6) años de prisión y de cincuenta (50) a doscientos cincuenta (250) días de multa.

Y, en la doctrina de este país, se ha dicho al respecto que el delito de *fraude procesal* sólo podrá producirse dentro de una actuación con carácter de proceso, es decir, aquella en la que se decida, resuelva o adjudique un derecho:

Fraude procesal significa falsedad en una actuación procesal (judicial o administrativa) [...]

Es decir, que el fraude procesal es realizado por cualquier persona que interesada en resolver un asunto jurídico que se está conociendo en alguna institución judicial provoque un error a través de informaciones falsas para obtener un beneficio en consecuencia de esa información, la cual no habría sido obtenida si la información fuese verídica.

[...] Para que exista el fraude procesal es necesario que haya una actuación judicial o administrativa ante los correspondientes funcionarios y que dentro de éstos deba resolverse algún asunto jurídico.

El fraude procesal significa inducir al error en los procesos judiciales o administrativos, es la forma más común de desvirtuar el bien jurídico de la administración de justicia, desviarla de su verdadera función que es la protección de las relaciones jurídicas⁵¹.

6. Ahora bien, definido como está que no todos los actos administrativos emanados de un servidor público a quien se le haya inducido en error son materia de protección en el delito de *fraude procesal* contemplado en el artículo 453 de la Ley 599 de 2000, es oportuno preguntarse qué tipo de actuaciones administrativas quedarían comprendidas por la norma.

La respuesta tiene que fundamentarse en el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual «*la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas*».

Un ejemplo de esta atribución en materia de facultades judiciales a entidades administrativas por parte del legislador sería la consagrada en el artículo 24 de la Ley 1564 de 2012, o Código General del Proceso.

Estas atribuciones, por supuesto, deberán entenderse en términos de restricción y excepcionalidad, tal como lo reiteró la Corte

⁵¹ Becerril Fernández, Mayté, *Análisis del delito de fraude procesal*, en <http://elultimoargumento.blogspot.com/2012/03/analisis-del-delito-de-fraude-procesal.html>.

Constitucional en la sentencia CC C-436/13, en la cual declaró exequible la asignación de funciones judiciales a la Dirección Nacional de Derechos de Autor prevista en el ya citado artículo 24 del Código General del Proceso⁵²:

Está constitucionalmente ordenado que la atribución de funciones jurisdiccionales sea excepcional. Ello tiene como efecto la exigencia de interpretar restrictivamente las normas que asignen tal tipo de funciones y un deber de evitar que su atribución constituya la regla general.

Así mismo, en armonía con lo previsto en el párrafo final del artículo 24 del Código General del Proceso, habrá funciones legales concedidas a autoridades administrativas en las cuales el legislador no se refiera de manera expresa a su carácter jurisdiccional o tan solo gubernamental y cuya tal condición, para efectos de la adecuación en el *fraude procesal*, deberá ser establecida por el juez en cada caso.

Para ello, sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado una serie de aspectos reguladores que en todo caso no tienen por qué considerarse de aplicación mecánica, rigurosa o inflexible, en la medida en que podrían entrar en conflicto dependiendo de las singularidades del trámite en cuestión, dado que su mayor o menor relevancia dependerá de las condiciones objetivas de cada asunto.

Al respecto, la Corte Constitucional, en el fallo CC C-863/12, por medio del cual declaró inexecutable la facultad de los notarios para practicar pruebas con fines judiciales (contemplada en ciertos incisos del

⁵² Dicha declaración fue condicionada, «siempre y cuando la estructura y funcionamiento de la Dirección Nacional de Derechos de Autor garanticen los principios de imparcialidad e independencia, en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales asignadas». CC C-436/13.

artículo 113 de la Ley 1395 de 2010), concluyó que dicha actividad era de orden judicial y con tal propósito desarrolló criterios en aras de distinguir el carácter jurisdiccional o simplemente administrativo de todo acto adelantado por servidor público. Estos, conforme a la alta corporación, son de diversa índole, tanto de carácter formal como material, de suerte que su procedencia estará sujeta a la lógica de cada situación particular. En palabras de la Corte Constitucional:

La jurisprudencia de esta Corte ha mencionado algunas características y criterios para dilucidar si un determinado acto o actuación tiene naturaleza jurisdiccional, y si, por ende, es propio de la función de administrar justicia. Sin embargo, ha aclarado que dichos criterios no tienen un carácter conclusivo o excluyente de otros que puedan resultar adecuados para resolver un determinado problema jurídico que requiera dicha distinción.

[...] En síntesis, ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación las dificultades que en ocasiones presenta la definición acerca de si una función atribuida a una autoridad o a un particular es de naturaleza jurisdiccional, pero también ha destacado la importancia que tal distinción presenta, en situaciones similares a la que ahora enfrenta la Sala, para definir la constitucionalidad de determinadas atribuciones. Para el efecto ha aplicado una serie de criterios que sin ser exhaustivos, ni de aplicación mecánica, cumplen una finalidad orientadora⁵³.

Así, de esta manera, la Corte Constitucional ha señalado como factores dignos de tener en cuenta «la potestad decisoria y adjudicatoria de derechos, [...] el carácter contencioso de la materia que origina la

⁵³ CC C-863/12

actuación y la naturaleza coercitiva del procedimiento»⁵⁴:

Como se indicó, la función esencial de la administración de justicia es declarar si existen o no los derechos y, en caso afirmativo, quién es su titular. Adicionalmente, aquella asegura la efectividad de los derechos ciertos, mediante un procedimiento coercitivo, cuando las personas llamadas a satisfacerlos no lo hacen voluntariamente.

De manera más específica, con miras a diferenciar la función jurisdiccional de la fedataria, [la Corte Constitucional] ha aplicado criterios como (i) la potestad decisoria y de adjudicación de derechos, propia de los jueces, no así de los notarios; (ii) el carácter contencioso, o de jurisdicción voluntaria, de la materia que origina la actuación; y (iii) la naturaleza coercitiva del procedimiento judicial, a diferencia del notarial regido por la autonomía de la voluntad⁵⁵.

Igualmente, señaló que el acto administrativo no es de índole jurisdiccional si la autoridad no tiene la facultad de restringir el acceso a la administración de justicia:

[E]n ocasiones, como en el presente caso, es necesario definir si una autoridad ejerce o no funciones judiciales, pues es el presupuesto para tomar la decisión en un sentido u otro. Es pues necesario adelantar unos criterios que permitan entonces determinar si la función ejercida por un particular, o por una autoridad, es o no de naturaleza judicial. Y, en tal contexto, la Corte considera que existen algunos ejemplos formales y materiales que son útiles para dirimir esas controversias.

⁵⁴ CC C-863/12.

⁵⁵ Ibídem, citando a CC C-1159/08.

[...] Así, la Constitución establece [...] el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia (Constitución Política, artículo 229). Por consiguiente, en principio no sería admisible que una autoridad, en ejercicio de una función no judicial, pueda limitar el acceso a la administración de justicia. Por ende, debe entenderse que en principio una decisión que restrinja el acceso a la administración de justicia debe, a su vez, ser ejercicio de una función judicial⁵⁶.

De acuerdo con estos criterios orientadores, no tendría características judiciales cualquier acto administrativo que **(i)**, a pesar de ejercer una función de la administración pública, el ejercicio por la autoridad de su deber no tenga trascendencia en el plano de la administración de justicia; **(ii)** provenga de un servidor público que carezca de potestades decisorias, o de adjudicación o disposición, respecto de derechos; **(iii)** sea emitido en un procedimiento sin fuerza coercitiva; y **(iv)** no conlleve una restricción del acceso a la administración de justicia.

7. En este orden de ideas, el problema en el presente asunto no sólo consiste en determinar si el Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla es un servidor público, o si la inscripción y anotación en el folio de matrícula inmobiliaria se trata de un acto administrativo productor de efectos ante terceros, que fue a lo que se limitó la Sala en la sentencia CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148, sino también si ese trámite corresponde a una actuación en la cual se adjudique, reconozca o decida con fuerza vinculante un debate acerca de la existencia de derechos de los cuales sea titular determinada persona.

⁵⁶ CC C-863/12, citando a CC C-1038/02.

La respuesta a este último interrogante es negativa por lo siguiente:

7.1. El Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, en el reciente fallo CE ST, 12 may. 2014, rad. 23128, cuando unificó la jurisprudencia *«en relación con la forma de probar el derecho real de dominio sobre un bien inmueble dentro de los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo»*⁵⁷ (en el sentido de que *«con el solo certificado de Registro de Instrumentos Públicos puede probarse la propiedad o la titularidad de un derecho real sobre el bien objeto del respectivo folio de matrícula inmobiliaria»*⁵⁸), analizó con profundidad el tema de las funciones desplegadas por el Registrador de Instrumentos Públicos, así como del sistema registral inmobiliario. Al respecto, precisó:

7.1.1. El sistema de registro es un servicio público a cargo del Estado:

*Ciertamente, como servicio público, el registro de instrumentos públicos es una actividad organizada, dirigida a satisfacer las necesidades de interés general de forma regular y continua por parte del Estado de manera directa, específicamente en cuanto corresponde a las necesidades encaminadas a garantizar la seguridad jurídica y la legalidad –en los términos de las competencias asignadas– en relación con los derechos reales que se constituyan, declaren, aclaren, adjudiquen, modifiquen, limiten, graven o extingan en relación con los bienes raíces*⁵⁹.

7.1.2. El fin esencial de este servicio público es brindar seguridad jurídica y publicidad a los actos jurídicos relativos a la negociación de

⁵⁷ CE ST (Plena), 12 may. 2014, rad. 23128.

⁵⁸ *Ibídem*.

⁵⁹ *Ibídem*.

bienes inmuebles:

[U]no de los aspectos más importantes del servicio público registral lo constituye el hecho de que sirve, justamente, de publicidad, en tanto da a conocer a terceros quién es el propietario del bien y, en consecuencia, quién puede disponer del mismo, así como su real situación jurídica, lo cual otorga a los usuarios de dicho servicio seguridad jurídica respecto de sus actuaciones sobre bienes inmuebles cuando éstas se fundamentan en los registros que lleva la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos⁶⁰.

7.1.3. El Registrador de Instrumentos Públicos es un servidor público y sus actuaciones constituyen verdaderos actos administrativos:

Ahora bien, dado que este servicio es prestado por servidores públicos, puede concluirse que el cumplimiento de los fines del sistema de registro se cumple a través del ejercicio de la función pública –entendida como toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines– y de la función administrativa, la cual, también, está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, según los dictados del artículo 209 constitucional.

De ahí que los procedimientos que se efectúen en cumplimiento del referido servicio público de registro sean actuaciones administrativas que concluyen a través de típicos actos administrativos, como ejercicio legítimo de poder de la administración pública que se traduce, principalmente, en la presunción de legalidad de tales

⁶⁰ Ibídem.

actos, la obligatoriedad intrínseca de los mismos y la capacidad para que la administración ejecute por sí misma tales actuaciones⁶¹.

7.1.4. El Registrador de Instrumentos Públicos tiene el deber de examinar y calificar tanto el título como el folio para la inscripción de la matrícula inmobiliaria, lo que no implica que resuelva un litigio o defina un conflicto sobre el derecho de propiedad:

Uno de los principios que debe guiar la actividad registral es, naturalmente, el de legalidad, el cual, se reitera, consiste en la exigencia impuesta al registrador de examinar y calificar tanto el título que se le pone de presente como el mismo folio registral sobre el cual recae el respectivo inmueble, de manera que sólo cuando observe que la inscripción se ajuste a la ley debe autorizarla, de lo contrario deberá negarla⁶².

7.1.5. Esa función de examinar y calificar, por lo tanto, no conlleva un control de legalidad ni un estudio de la validez del negocio jurídico, que son atribuciones del juez ordinario:

Ahora bien, esta Corporación ha indicado que la etapa de calificación y examen de los actos jurídicos sujetos a registro y protocolizados a través de escritura pública no se extiende al estudio de legalidad y validez del acto mismo, por cuanto, tratándose de documentos privados, dicho estudio es competencia del juez ordinario [...].

En efecto, en sentencia de 23 de octubre de 2003 [CE SP, 23 oct. 2003, rad. 1997-5610], la Sala indicó que la etapa de calificación de

⁶¹ Ibídem.

⁶² Ibídem.

los actos sujetos a registro no comprende el examen de validez de las escrituras públicas que los contienen, por cuanto ello implicaría la invasión del ámbito de competencia del juez ordinario:

“Como bien lo señala el recurrente en su escrito, las escrituras son documentos privados cuyo examen de legalidad le corresponde a la jurisdicción ordinaria, razón por la cual no le es dable a esta jurisdicción entrar a pronunciarse sobre el contenido de las mismas (,,) **Es cierto que a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos les compete calificar las distintas clases de títulos, pero ello no significa que deban adentrarse sobre la legalidad de las mismas, pues, de hacerlo, usurparían la competencia de los jueces ordinarios** [negrillas en el original]” [CE ST, 23 oct. 2003, rad. 1997-5610].

*La Sala ha dicho, igualmente, que el examen y calificación que efectúa la sección jurídica de las Oficinas de Instrumentos Públicos “(...) **no puede ir más allá de verificar la naturaleza del acto y su registrabilidad y proceder de conformidad** (...)” [CE SP, 5 nov. 1998, rad. 5134], lo que no significa que la calificación a la que hacen referencia los artículos 24, 25 y 26 del Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos sea una función mecánica, puesto que a los Registradores se les habilita para realizar una valoración jurídica que les permita determinar “(...) si la inscripción del título es legalmente admisible, según preceptúa el artículo 37 del Decreto Ley 1250 de 1970, así como determinar la naturaleza jurídica del acto con miras a su ubicación en la clasificación y columnas pertinentes (artículo 25 ibídem) y, si procede su registro, según los términos del artículo 52 ibídem (...)” [CE SP, 5 nov. 1998, rad.*

5134]⁶³.

7.1.6. En vigencia del Decreto Ley 1250 de 1970 (que regía el 9 de enero de 2004, día en el cual se dio la inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria en este asunto), los pasos que debían «*ser verificados por el Registrador en ejercicio de la función calificadora para que proceda la inscripción de un título en el registro de instrumentos públicos son, al menos, los siguientes*»⁶⁴:

a) La presentación ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de un título –instrumento público, escritura pública, providencia judicial, etc.– que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario (artículo 2 del Decreto 1250 de 1970).

b) Que el Registrador sea el competente para efectuar la inscripción (artículo 3 del Decreto 1270 de 1970).

c) Que se solicite la inscripción en cumplimiento del principio de rogación.

d) Que la solicitud se presente dentro del término previsto para ello (artículo 32 del Decreto 1250 de 1970) [para casos de hipoteca o patrimonio de familia inembargable].

e) Que se indique la procedencia inmediata del derecho afectado con

⁶³ Ibídem, citando a CE SP, 17 mar. 2011, rad. 2001-0075. Igualmente, CE ST, 7 mar. 2012, rad. 20042.

⁶⁴ Ibídem.

la inscripción. Principio de tracto sucesivo (artículo 52 del Decreto 1250 de 1970).

f) Que la inscripción en el folio de matrícula corresponda al inmueble objeto del respectivo título.

Se reitera, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, las condiciones de existencia y validez del título cuya inscripción se requiere escapan a la competencia del Registrador, como quiera que sobre estos aspectos única y exclusivamente puede pronunciarse el juez ordinario, dado que se trata de un negocio realizado entre particulares⁶⁵.

Todos los supuestos en mención constituyen aspectos formales sobre los cuales resuelve el servidor público la inscripción, mas no constituyen requisitos sustanciales del negocio jurídico que registra y con base en el cual el vendedor dice transferir derechos al comprador.

7.1.7. La inscripción genera dos (2) clases de efectos. Uno, de transmisión de derechos; y el otro, de publicidad, con fines probatorios:

Una vez el Registrador competente realiza el examen y calificación del título y verifica que la inscripción resulta legalmente admisible y procede a efectuarla, se generan los siguientes efectos:

i) Transmisión de derechos sobre inmuebles.

La propiedad y demás derechos reales respecto de bienes inmuebles sólo existen y se transmiten mediante la inscripción del título en la

⁶⁵ CE ST (Plena), 12 may. 2014, rad. 23128.

matrícula inmobiliaria.

ii) Opera el principio de publicidad.

De conformidad con el artículo 44 del Decreto Ley 1250 de 1970 y el artículo 46 de la Ley 1579 de 2012, “por regla general ningún título o instrumento sujeto a registro o inscripción surtirá efectos respecto a terceros, sino desde la fecha de aquél”⁶⁶.

7.1.8. En consecuencia, el servicio público de registro de instrumentos inmobiliarios, a decir del Consejo de Estado, *«le exige a los Registradores adelantar un procedimiento técnico, jurídico y especializado con el propósito de sólo inscribir aquellos títulos que reúnan los presupuestos legales previstos para ello»⁶⁷.*

Se advierte entonces que la naturaleza de la actuación del Registrador en esos casos es un *«procedimiento»*, del cual ya se advirtieron sus diferencias con el *«proceso»*.

7.2. De la anterior reseña, es obvio colegir que el trámite ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos carece de connotaciones de jurisdicción, controversia, reconocimiento o adjudicación de un derecho en conflicto. Es decir, no implica ni formal ni materialmente una función judicial, en ese acto se cumple tan solo una función administrativa.

En efecto, si bien es cierto que se trata de una actuación adelantada por una autoridad administrativa (que, como tal, realiza en ejercicio de sus funciones actos de igual índole), y que la inscripción en el

⁶⁶ Ibídem.

⁶⁷ Ibídem.

folio de matrícula inmobiliaria genera efectos jurídicos, no sólo entre las partes que negociaron el inmueble (transmisión de derechos reales) sino entre terceros (principio de publicidad), también lo es que las facultades del Registrador carecen de alcances decisorios o dispositivos sobre dichos derechos, pues no controla la legalidad del negocio que le es puesto de presente y los deberes tanto de examinación como de calificación para la procedencia de la inscripción se limitan a comprobar unos presupuestos (como los relativos a la presentación de un título, la competencia del funcionario, las formalidades en la solicitud y la correspondencia con el bien sujeto a registro) que en ningún momento implican actos de jurisdicción, ni tampoco limitan el derecho de acceso a la administración de justicia.

En palabras del Consejo de Estado, reitera la Corte, la actuación del Registrador corresponde a un «*procedimiento técnico, jurídico y especializado*»⁶⁸ que, en tanto tal, tiene como fin el cumplimiento de una función administrativa, mas no de una judicial, y por lo tanto no corresponde a un proceso administrativo ni de cualquier otra índole, es decir, no se trata de una contienda, conflicto o discusión entre partes.

Por supuesto, es perfectamente posible que durante esas labores de comprobación el Registrador advierta, por ejemplo, que el instrumento presentado es falso. El acto de no admitir o de suspender la inscripción, sin embargo, no obedecería a una decisión que le pondría fin a litigio o debate jurídico alguno, sino al deber funcional de analizar si se reúnen las exigencias de ley para acceder al registro (en ese caso, no habría un título que implicase transmisión, modificación, declaración, etc., de derechos reales), sin que ello represente, como lo tiene claro la jurisprudencia del Consejo de Estado, suplantar al funcionario

⁶⁸ CE ST (Plena), 12 may. 2014, rad. 23128.

competente para pronunciarse acerca de la licitud o ilicitud del negocio supuestamente adelantado por los contratantes.

Igualmente, dado que el acto de inscribir en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos genera automáticamente la transmisión de derechos sobre inmuebles, ello en todo caso no significa que el Registrador está decidiendo o disponiendo algo acerca de la titularidad de esos derechos. Simplemente, está obrando conforme a un trámite técnico, jurídico y especial, consistente en inscribir cualquier título que un interesado, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, le solicita registrar para efectos de formalizar la transacción y darle publicidad.

Como lo sostuvo la Corte Constitucional, «tanto los actos administrativos como los actos jurisdiccionales son actos de creación de disposiciones particulares o de ejecución de la ley»⁶⁹. Pero dicha similitud no significa que los actos administrativos de registro, solamente por el hecho de suscitar cambios en el derecho de dominio frente a terceros, entran a ser parte del ámbito de protección del bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia, por cuanto no se puede predicar en ellos la existencia de un proceso, es decir, de un trámite con fines judiciales.

Los efectos de la inscripción no pueden ser confundidos entonces con supuestos poderes decisorios o dispositivos por parte del Registrador, ni el procedimiento que éste adelanta con una actuación de naturaleza jurisdiccional.

7.3. De acuerdo con los criterios diferenciadores de la Corte Constitucional entre acto administrativo y acto judicial, si bien la inscripción del Registrador de Instrumentos Públicos materializa con

⁶⁹ CC C-1159/08.

efectos oponibles hacia terceros la transmisión del derecho de propiedad, dicha función no podrá catalogarse de jurisdicción. En efecto:

7.3.1. Se trata de una actuación en la que no es posible advertir una función que trascienda en la administración de justicia, sino que tanto solo es el resultado de facultades o deberes de índole administrativa.

7.3.2. La inscripción no se deriva de un conflicto acerca de la existencia de un derecho, ni representa el reconocimiento de la pretensión de una parte en detrimento de otra a quien se le garantizó el debido proceso. Solamente es un acto producto de la autonomía de la voluntad de dos contratantes.

7.3.3. Tampoco implica el trámite ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos restricción alguna del acceso a la administración de justicia (artículo 229 de la Constitución Política), entendido como el derecho de acudir a una autoridad en aras de resolver algún conflicto, transgresión o reclamo con implicaciones jurídicas y, de esa manera, propugnar por la adecuada protección de sus intereses; todo ello dentro de una actuación procesal que, en igualdad de condiciones a las de los demás sujetos que puedan intervenir en ella, asegure en forma real y efectiva el respeto de las garantías judiciales, así como la realización material de sus fines.

7.4. Una interpretación en el sentido contrario, esto es, que las funciones del Registrador de Instrumentos Públicos sí guardan connotaciones jurisdiccionales, desconocería la interpretación restrictiva que de tales atribuciones le confiere el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución Política al legislador, en los términos del fallo CC C-436/13 ya transcrito (cf. 6), circunstancia que representa, además de un carácter

excepcional, una consagración excesiva de funciones judiciales a las autoridades administrativas, así como una confusión frente a las actividades principales que desempeñan los entes del Estado.

Es más, en el fallo CC C-1159/08, citado por la Sala en la sentencia CSJ SP, 21 abr. 2010, rad. 31848 (reseñada en precedencia – cf. 3), el más alto tribunal en materia de control constitucional señaló que todos los debates concernientes a la propiedad (que impliquen declaración, adquisición, alteración, etc., del derecho) deben, por su trascendencia, ser resueltos por los jueces debido a su naturaleza jurisdiccional:

Acerca de este tema es oportuno señalar que si es propio de la jurisdicción dirimir los conflictos o contiendas jurídicos de intereses entre las personas, es decir, declarar, constituir, modificar o extinguir derechos en forma imparcial e independiente y con efectos definitivos en relación con todo tipo de derechos, ello tiene un relieve especial cuando se trata del derecho de propiedad privada, en cuanto su consagración o no consagración en el ordenamiento jurídico determina la existencia de diversos tipos o modelos de Estado, de modo que, en el aspecto económico, constituye uno de los pilares o fundamentos del Estado democrático o liberal, así como del Estado Social de Derecho.

Por esta razón, constitucionalmente es legítimo que las disputas jurídicas relativas a la adquisición, modificación o extinción del derecho de propiedad privada en el Estado Social de Derecho colombiano sean resueltas por los jueces, y no por órganos que no están investidos de la función jurisdiccional⁷⁰.

Las funciones del Registrador de Instrumentos Públicos, por consiguiente, a pesar de su incidencia en la transmisión de derechos reales, como no se predicen de una actuación de índole contenciosa en la que se decidan o adjudiquen, sino de un trámite técnico, especializado y regido por la autonomía de la voluntad, no pueden considerarse como parte de la eficaz y recta impartición de justicia.

8. Teniendo en cuenta, entonces, que cualquier conducta fraudulenta susceptible de inducir en error a un Registrador de Instrumentos Públicos sería atípica frente a la realización del delito de *fraude procesal* en particular, y no afectaría el bien jurídico de la recta y eficaz impartición de justicia en general, cabe preguntarse si dicho comportamiento, en todo caso, encuadraría en algún tipo de la Ley 599 de 2000, actual estatuto sustantivo.

El artículo 29 del Decreto Ley 1250 de 1970 consagra la culminación del trámite de inscripción con la expedición de una constancia que se le entrega al interesado:

Artículo 29-. Luego de efectuada la inscripción y puesta la constancia de ella en el título o documento objeto del registro, aquél regresará a la sección de radicación para que allí, en la columna sexta del Libro Diario Radicador, enseguida de la radicación, se escriba el folio y la fecha en que fue registrado, y se devuelva al interesado, bajo recibo.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que dicha constancia es la que le sirve al solicitante como medio

⁷⁰ CC C-1159/08.

probatorio para la acreditación del derecho real transmitido:

Como se observa, la conclusión del procedimiento administrativo de registro de un título se produce a través de la “puesta” en dicho documento de la constancia de inscripción, la cual debe devolverse al interesado.

De manera que a ese interesado, como prueba de la inscripción, se le entrega el respectivo título con una constancia de que se efectuó ese trámite, documento que, por supuesto, le sirve como medio de prueba para acreditar el derecho real correspondiente⁷¹.

El artículo 288 de la Ley 599 de 2000, por su parte, prevé el tipo de *obtención de documento público falso* como aquel en el que se induce en error a un servidor público con el fin de conseguir un documento que pueda servir de prueba y en el cual se halle consignada una alteración a la verdad:

Artículo 288-. Obtención de documento público falso. El que para obtener documento público que pueda servir de prueba induzca en error a un servidor público en ejercicio de sus funciones, haciéndole consignar una manifestación falsa o callar total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

En este orden de ideas, la acción de inducir en error al Registrador de Instrumentos Públicos para que inscriba un acto falaz entre partes con efectos de transmisión del derecho de dominio configura el delito del artículo 288 del Código Penal respecto de la consecución de la constancia que, culminado el trámite, le entrega al interesado el servidor público.

⁷¹ CE ST (Plena), 12 may. 2014, rad. 23128.

9. En el presente caso, la Fiscalía General de la Nación le atribuyó a HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA, en la resolución de acusación, haber engañado tanto al Notario Único de Santo Tomás y al Director de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla con el fin de protocolizar a nombre de Eloísa Roa Sandoval la cancelación del patrimonio de familia y la venta fraudulenta del bien inmueble de propiedad de Carlos Arturo Thomas Miranda y Yorlanys Meza Rodríguez.

La primera instancia absolvió al procesado tras argüir, con fundamento en la sentencia de la Corte CSJ SP, 21 abr. 2010, rad. 31848, citada en precedencia, que los notarios no son sujetos de inducción en error del delito de *fraude procesal* por no ser servidores públicos ni autoridades administrativas o particulares con atribuciones jurisdiccionales⁷².

La parte civil apeló la absolución del a quo con un único argumento, conforme al cual HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA realizó la conducta punible imputada en su contra mediante dicha actuación fedataria. En palabras del recurrente:

[P]ara tener por acreditado el delito de fraude procesal es suficiente con que exista una determinación emitida por una autoridad competente en la que con fundamento en las normas que rigen el procedimiento que se sigue el sujeto activo haya obtenido un beneficio indebido, con la consiguiente afectación a la contraparte.

[...] Por lo tanto, no comparto el hecho que el fraude procesal no se aplique contra el notario, siendo que el mismo es utilizado por el sentenciado para obtener un beneficio propio; además, él mismo es

⁷² Cf., al respecto, folios 112-115 del cuaderno de juicio.

*quien legaliza el acto de las compraventas de los predios a los diferentes compradores*⁷³.

El Tribunal, en cambio (aunque no citó el fallo CSJ SP, 7 abr. 2010, rad. 30148), consideró al desatar la apelación de la parte civil que el sujeto materia de engaño también fue el Registrador de Instrumentos Públicos, y como éste se trata de un servidor público que en esa misma medida adelanta actos administrativos susceptible de recursos, el procesado realizó el tipo penal del artículo 453. Según el ad quem:

Es decir, independientemente de lo sucedido ante el Notario, y de la falsedad documental de la que se valió el sujeto agente para desplegar esta ilicitud, para la Sala no cabe duda que el Registrador de Instrumentos Públicos que hizo la anotación final de la compraventa que nos ocupa es, sin lugar a dudas, un servidor público, o empleado oficial si se quiere, por lo tanto, el acto de registro comporta la dimensión de un acto administrativo, es por ello que, cuando se incurre en error o imprecisiones u otros menesteres, le caben inclusive los recursos de ley, precisamente contra el acto administrativo que deja sentado una anotación en el registro de instrumentos públicos.

*Por lo anterior, no cabe duda pues que estamos ante un fraude procesal llevado hasta su final consumación, esto es, lograr el registro de propiedad en forma fraudulenta, induciendo en engaño tanto al señor Notario como al Registrador de Instrumentos Públicos, con el propósito deliberado de apropiarse [sic] en forma indebida del bien inmueble de narras [sic]*⁷⁴.

⁷³ Folio 159 del cuaderno de juicio.

10. Frente a la tipicidad de la conducta punible, tanto en la conducta realizada ante el Notario como la presentada ante el Registrador de Instrumentos Públicos, el criterio del Tribunal resulta equivocado por las razones expuestas en los párrafos que anteceden.

Así mismo, el hecho argüido por el ad quem conforme al cual la inscripción realizada por el Registrador se trata de un acto administrativo susceptible de los recursos de ley, y por lo tanto de la protección del *fraude procesal*, no es acertado ni tampoco trascendente.

Por un lado, debido a la naturaleza de este trámite, la interposición de los recursos de reposición y apelación contra los actos administrativos proferidos en asuntos registrales únicamente serían procedentes en aquellos concernientes a la no admisión o al rechazo de un registro, pero no frente al acto mismo de inscribir el título y anotarlo en el folio de matrícula inmobiliaria⁷⁴.

Y, por otro lado, la interposición de recursos es propia de los procedimientos administrativos, situación que en todo caso no implica la existencia de un proceso administrativo, esto es, de una actuación con connotaciones jurisdiccionales.

⁷⁴ Folios 25-26 del cuaderno del Tribunal.

⁷⁵ Tal es el concepto de la Superintendencia de Notariado y Registro: «Recursos de reposición y apelación contra actos administrativos proferidos por registradores de instrumentos públicos en asuntos registrales / ¿En qué consisten? / En la presentación personal de un escrito dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación (arts. 44 inc. 2o, 61 C. C. A.) de la nota devolutiva del registro referente a la inadmisión o rechazo de una inscripción de un título o documento. Puede formularse por el usuario interesado, su representante o apoderado debidamente constituido. / [...] Entre las finalidades de los recursos, es para que se revoque, reforme, aclare, corrija, adicione una decisión adoptada en cuanto la inscripción de un título o documento, lo que también contrariamente implica el rechazo de un registro», https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/index.php?option=com_content&view=article&id=188&Itemid=173

La acción atribuida a HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA en relación no solo con la inducción en error al Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla, sino además en lo atinente a la entrega de la constancia de inscripción de que trata el artículo 29 del Decreto Ley 1250 de 1970, constituye el delito de *obtención de documento público falso* consagrado en el artículo 288 de la Ley 599 de 2000.

El demandante, al respecto, sugirió que tal acción era por completo atípica, toda vez que sostuvo en la sustentación del escrito que **(i)** la conducta de HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA se redujo a firmar el poder falsificado, **(ii)** fue la compradora Eloísa Roa Sandoval quien llevó la escritura pública elevada ante Notario a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y **(iii)** el procesado entonces nunca indujo en error al servidor público.

Esta postura ignora que al sujeto agente le es atribuible la obtención de la constancia contentiva de la falsedad, aun en el evento de que materialmente no hubiera hecho la solicitud ante el Registrador, a título de autor mediato, consagrado en el inciso 1º del artículo 29 del Código Penal⁷⁶, en la medida en que utilizó, como instrumento no doloso, a la compradora Eloísa Roa Sandoval para culminar los trámites relacionados con la cancelación del patrimonio familiar y la transferencia de dominio del inmueble.

No se trata, como lo adujo el representante del Ministerio Público, de que HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA actuó «*en calidad de determinador y autor material al valerse del notario para suscribir la escritura de venta, engañando a la compradora Eloísa Roa Sandoval y*

⁷⁶ Artículo 29-. *Autores*. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

posterior, a través de ella, inducir en error al registrador para que hiciera la respectiva anotación en el folio de matrícula inmobiliaria»⁷⁷.

Como se ha dicho en la doctrina, se trata del típico ejemplo de dominio de voluntad por parte del sujeto agente en virtud del error a que somete al sujeto ejecutor («[l]a situación en que el sujeto de detrás se sirve de un instrumento bajo error para cometer un delito pasa por ser el [...] caso clásico, e indiscutido en lo fundamental, de autoría mediata»⁷⁸).

Más allá de las razones por las cuales la Fiscalía no le atribuyó a HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA la realización del delito de *estafa* en el que habría sido víctima Eloísa Roa Sandoval, lo cierto es que para el procesado era una consecuencia necesaria la culminación del negocio con el trámite ante el Registrador de Instrumentos Públicos, no sólo en aras de garantizar el provecho económico producto de la cancelación del patrimonio de familia y la compraventa del inmueble, sino además porque en la escritura pública 0021 de 8 de enero de 2004 (en la que aparece su firma como apoderado) el Notario Único de Santo Tomás hizo una petición formal de inscripción al funcionario correspondiente:

*De la anterior cancelación de patrimonio de familia pido al señor Registrador de Instrumentos Públicos de la ciudad de Barranquilla tomar atenta nota y hacer la respectiva anotación de rigor*⁷⁹.

En consecuencia, la obtención del documento público falso no sólo le es atribuible a HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA a título de autor mediato, sino además se ajusta a lo descrito en el tipo previsto en el

⁷⁷ Folio 28 del cuaderno de la Corte.

⁷⁸ Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 194.

⁷⁹ Reverso del folio 9 del cuaderno de instrucción.

artículo 288 de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal.

11. Ahora bien, como la conducta punible de *obtención de documento público falso* se agotó el 9 de enero de 2004, día en el cual se adelantó el trámite de inscripción ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla, y como la pena máxima de este comportamiento asciende para los asuntos que se rigen bajo la Ley 600 de 2000 a seis (6) años de prisión, es obvio que los cinco (5) años que como término de prescripción contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación (22 de julio de 2008) vencieron el 22 de julio del año pasado, esto es, antes de la emisión del fallo de segunda instancia, que fue proferido el 10 de diciembre de 2013.

En otras palabras, al demandante le asistía la razón en cuanto a que la conducta atribuida al procesado no constituía *fraude procesal*. No estaba en lo correcto cuando sugirió que la acción era por completo atípica, pues ésta encuadraba en una *obtención de documento público falso*. Y era ajustada a derecho su pretensión última, conforme a la cual la conducta ya había prescrito cuando fue emitida la decisión del ad quem.

Pero esto último no fue por las razones aducidas por el censor, ni por las que fueron expuestas por el Procurador Delegado en su concepto (relativas al momento consumativo del delito contra la administración de justicia), sino porque es la consecuencia directa de la acertada calificación jurídica de los hechos.

De ahí que la Sala debió declarar que la conducta imputada a HENRY JOSÉ CARRILLO ARIZA, atinente al trámite de inscripción de los actos de cancelación de patrimonio de familia y compraventa del predio

por parte del Registrador de Instrumentos Públicos, se adecua al tipo de *obtención de documento público falso* de que trata el artículo 288 de la Ley 599 de 2000, con pena privativa de la libertad de tres (3) a seis (6) años.

Igualmente, debió decretar la prescripción de la acción penal por este comportamiento, así como la respectiva cesación del procedimiento en razón de que ésta no puede proseguirse, porque esa fue la ilicitud cometida.

Las garantías fundamentales referidas al inicio de este salvamento de voto, el debido proceso, la legalidad y la estricta tipicidad, conllevan a que la calificación jurídica contenida en la sentencia constituye ley del proceso y debe ser la que determine los factores para efectos de la prescripción, siempre que esta situación exprese con acierto la descripción típica que le corresponde a los hechos que dieron lugar la investigación, porque la acción penal que se extingue es la del delito cometido, no la de los reatos no ejecutados, no realizados. Por ello la prescripción que procede es la del delito de la obtención de documento público falso y no la de fraude procesal.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER