



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

PRECLUSIÓN EN INDAGACIÓN - CAUSALES: Características de la solicitud de preclusión en etapa de indagación.

La figura jurídica de la preclusión se encuentra regulada en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, y faculta a la Fiscalía para que, en cualquier etapa de la actuación -indagación, investigación o juzgamiento- solicite la terminación del proceso, siempre y cuando se acredite la concurrencia de alguna de las siete causales allí previstas; no obstante, si esta se solicita en etapa de juzgamiento, por disposición expresa del párrafo único del artículo 332, solamente podrán aducirse las causales contempladas en los numerales 1 y 3, las que pueden ser peticionadas, incluso, por el Ministerio Público y la Defensa. En este asunto, la Fiscalía se encuentra legitimada para solicitar la preclusión por la causal referida "ATIPICIDAD DEL HECHO INVESTIGADO" en la medida que el proceso se encuentra en fase de indagación, de conformidad con lo previsto en los Artículos 331 y 332 de la Ley 906 de 2004.

FRAUDE PROCESAL – PRECLUSIÓN POR ATIPICIDAD DEL HECHO INVESTIGADO: No se prueba la ausencia de dolo o intención de hacer incurrir en error al funcionario judicial por parte de los indiciados. / NO SE ESTABLECE CON GRADO DE CERTEZA QUE EL ACCIONAR DENUNCIADO NO SE ENMARCA EN UNA CONDUCTA PUNIBLE Y LA ATIPICIDAD SUBJETIVA: No se explica probatoriamente como en la demanda se utiliza dos nombres parecidos pero distintos, para referirse a la titular del inmueble a usucapir, error o intención.

Precisamente por la irrefutabilidad de tal prueba es que la Fiscalía ha dirigido su solicitud de preclusión a establecer la atipicidad subjetiva respecto de la conducta punible, esto es, la ausencia de dolo o intención de hacer incurrir en error al funcionario judicial por parte de los indiciados, hecho que, asegura, es evidente, pues estos no tenían forma alguna de saber que no se trataba de la misma persona que se identifica en el folio de matrícula inmobiliaria, en tanto, el documento de defunción fue entregado por la autoridad competente para ello, como es la Registraduría Nacional del Estado Civil. Y aunque con algunos reparos puede llegar entenderse la posición asumida por la Fiscalía, en virtud de la similitud que se observa en los nombres que se registran en el folio de matrícula inmobiliaria y el Certificado de defunción, lo cierto es que para que esta Corporación no está clara la ausencia de tal elemento subjetivo, tal y como lo refirió el juez de primera instancia. Fíjese al respecto que la obligación del Ente Acusador era demostrar la ausencia del dolo es decir de intención fraudulenta en el actuar de los indiciados, pero en este caso las pruebas documentales que obran en el plenario dejan serias dudas sobre tal circunstancia, dudas que deben ser absueltas de manera plena por la Fiscalía para establecer si la conducta es típica desde el punto subjetivo o no, y que hasta el momento no están determinadas. Lo primero que se observa, indiscutiblemente, es la falta de atención de la apoderada judicial para no advertir que los nombres tanto de la persona que aparecía en el folio de matrícula inmobiliaria como de la referida por la Registraduría, aunque similares, no era iguales, pues en este último, Helena se encuentra escrito con H y el segundo apellido se encontraba separado por la preposición DE, lo que permitía advertir que no podía tratarse de la misma persona, pues en ninguno de los documentos que acreditaban la titularidad se refería el nombre de esa forma. Pero aunque este hecho pudiera atribuirse a un error propio de todos los seres humanos, al verificarse el proceso de pertenencia se evidencia que la apoderada judicial demandante varía el nombre de la demandada en diversas oportunidades, sin que exista justificación alguna para ese hecho.



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
SECRETARIA SALA ÚNICA

ACTA No. 030

En Santa Rosa de Viterbo, a los veinticuatro (24) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), siendo las nueve (9:00 a.m.) de la mañana se reunieron los señores Magistrados integrantes de la Sala Cuarta de decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial, Dr. EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA y Dr. JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL con el fin de discutir el siguiente proyecto:

Decisión emitida dentro de caso distinguido con el radicado 152383104002-2019-00307-01
Contra JAIME AGUILAR GIL Y OTRA, por el delito de **FRAUDE PROCESAL**. Una vez abierta la discusión se procedió a dar lectura al proyecto, el cual fue aprobado por la mayoría de sus integrantes, por consiguiente, se ordenó ponerlo en limpio.

En constancia firma:



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Boyacá
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO
“PATRIMONIO HISTORICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO	: CAUSA PENAL
RADICACIÓN (CUI)	: 152383104002-2019-00307-01
DELITO	: FRAUDE PROCESAL
PROCESADO	: JAIME AGUILAR GIL Y OTRA
PROCEDENCIA	: JUZ. 2° PENAL CTO DE DUITAMA
ASUNTO	: APELACIÓN DE AUTO
DECISIÓN	: CONFIRMA
APROBACIÓN	: ACTA DE DISCUSIÓN No. 30
MAGISTRADA PONENTE	: EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, Primero (01) de Octubre de dos mil veinte (2020). Hora: 10:06 a.m.

ASUNTO POR DECIDIR

El recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la providencia del 06 diciembre de 2019 proferida dentro del proceso de la referencia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama.

HECHOS:

Dan cuenta las presentes diligencias de los hechos acaecidos al interior del proceso de pertenencia radicado con el N° 2016-311 tramitado ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Paipa tramitado por el señor JAIME GIL AGUILAR, a través de su Apoderada Judicial Doctora GENNY PAOLA ESPITIA RABA en contra de herederos de MARIA ELENA MATEUS FONSECA, proceso en el cual, aparentemente, presentaron documentación falsa de la causante, concretamente frente a su acta de defunción, certificado médico del deceso y número de cédula, pues los allegados corresponden a la señora MARIA HELENA MATEUS DE FONSECA, con la que se conformó el contradictorio y que, finalmente, llevó a que el Despacho Judicial adjudicara al

demandante GIL AGUILAR, por prescripción adquisitiva, el predio “*El Ramal*” ubicado en la Vereda El Volcán del Municipio de Paipa, Boyacá.

PROVIDENCIA IMPUGNADA:

En audiencia del 06 de diciembre de 2019, el Juez Segundo Penal del Circuito de Duitama, no accedió a la petición de preclusión de la investigación elevada por la Fiscalía a favor de JAIME GIL AGUILAR y GENNY PAOLA ESPITIA RABA por no haber probado a plenitud la causal invocada, es decir, la 4ª del Art. 332 de la Ley 906 de 2004 “*ATIPICIDAD DEL HECHO INVESTIGADO*”.

En lo que es motivo de impugnación, la providencia se funda, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

1.- Quedó claro que el registro civil de defunción allegado a la actuación no corresponde a la verdadera MARÍA ELENA MATEUS FONSECA, de quien se dijo no contó durante su existencia con la asignación de cédula alguna.

2.- Existen suficientes motivos para presumir que el certificado de defunción que se adjuntó al respectivo proceso y ante la instancia correspondiente, buscaba la sentencia final de pertenencia que legalizaría la titularidad del derecho de dominio sobre el predio denominado “*El Ramal*”, la cual era perseguida por el señor JAIME GIL AGUILAR, a través de apoderada judicial, como en efecto ocurrió.

3.- Como quiera que hasta el momento no se tienen elementos suficientes para concluir que lo presumido no es cierto, la Fiscalía debe ahondar en la investigación en este sentido, como por ejemplo, si el error resaltado por los denunciantes y coadyuvado por este despacho se hizo por ignorancia o con dolo, además de establecer si existe alguna falsedad, hecho que, a sentir del despacho, no se puede descartar.

4.- Igualmente, la Fiscalía debe determinar de acuerdo con el análisis que haga a los medios de conocimiento recaudados, si en razón a lo dicho por el Despacho, hay lugar o no, a la compulsión de copias para que se investigue el actuar de personas diferentes a las que hasta ahora se han relacionado, en cuanto para esa instancia, el allegar un documento público en estas circunstancias para los efectos pretendidos, tiene relevancia en el campo penal.

DE LA IMPUGNACIÓN:

El Fiscal interpuso recurso de apelación contra la providencia que acaba de reseñarse, con la pretensión de que se revoque y, en consecuencia, se precluya la investigación, se extinga la acción penal y ordene el archivo de la actuación. Sus argumentos:

1.- Aunque el *A-quo* hizo un análisis detallado del material probatorio, no lo hizo frente a la línea de tiempo, en este caso porque el fraude procesal se predica no cuando la consecuencia es *ex post* sino *ex ante*, es decir, si antes de presentar la demanda los investigados tuvieron el conocimiento de que el documento de defunción posiblemente no correspondía a MARÍA ELENA MATEUS FONSECA, por lo que, asegura no comprender cuál es la profundización que tiene que hacer la Fiscalía de un comportamiento doloso cuando de bulto surge la ausencia del mismo.

2.-Tal como adujo en el momento de la petición de preclusión, en este caso se debe analizar en línea de tiempo, si las actuaciones desarrolladas tanto por el actor demandante como su apoderada, y el conocimiento previo que se tenía de los documentos que se anexaron en la demanda constituyen un fraude procesal.

2.- La demanda de pertenencia inicialmente la conoció el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Paipa, con radicado 2015-359 siendo demandante JAIME GIL AGUILAR y demandada MARIA ELENA MATEUS FONSECA, dicho Despacho el día 25 de noviembre de 2015, la inadmitió de conformidad con el art. 85 del C.P.C. para que fuera subsanada demostrando el deceso de la demandada con el respectivo registro civil de defunción.

3.- Fue por lo anterior que la Doctora GENNY PAOLA ESPITIA RABA presentó una nueva demanda contra herederos indeterminados de MARIA ELENA MATEUS FONSECA titular de derechos reales y contra las demás personas que se creyeran con derecho respecto a ese predio. Dentro de los hechos plasmó la acreditación de la posesión de su cliente desde el momento en que adquirió el bien inmueble para que el Juez entrara a estudiar la situación y esto fue lo que hizo. Este es el referente que tuvo la señora apoderada y su representado para poner en conocimiento del Juez, más allá no les correspondía porque estaban frente a un proceso de prescripción adquisitiva. Como pruebas presentaron el certificado especial de matrícula inmobiliaria y el certificado de defunción de MARIA ELENA MATEUS FONSECA expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil

4.- Frente al análisis que hace el señor juez en donde encuentra diferencias del certificado de defunción con la persona demandada en la pertenencia, advirtiendo que se adulteró

la documentación, precisa que efectivamente los señores denunciantes dicen que ella no era su abuela, pero la Doctora ESPITIA RABA, lo que hizo fue elevar petición a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que le suministraran una copia del registro civil de defunción de la señora MARÍA HELENA y ese documento fue el que anexó a la demanda. Solo se conocen los nuevos documentos de la causante cuando aparecen sus familiares y presentaron la denuncia penal, antes no se conocía cuándo había nacido la señora MARÍA ELENA, cuándo había muerto, si se había casado o no, porque el único documento que aparecía dentro del proceso era el folio de matrícula inmobiliaria.

5.- Aunque existen algunas diferencias, dentro del procedimiento del juzgado no existió violación alguna, toda vez que se hicieron las publicaciones en prensa, radio y se ubicó la valla pública e independientemente de que fuera o no fuera con el documento de identidad aportado o con las partidas eclesiásticas aportadas por los denunciantes, tal circunstancia no afecta el procedimiento. En consecuencia, estima que se está endilgando a los denunciados una situación que realmente no tenían por qué conocer con antelación y esto no afectó el proceso porque las anotaciones son claras en que el elemento que se adujo fue el que expidió la Registraduría.

6.- Por reglas de la experiencia se sabe que anteriormente existían dificultades con los nombres, a veces, incluso, se exigía tener el apellido de casada, y lo cierto es que para ese momento los señores demandantes del proceso de pertenencia no sabían o conocían de esa situación y aunque haya diferencias frente al documento de la Arquidiócesis, los investigados no sabían de esa situación, ni tenían por qué saberla, lo que demuestra que no existe medio fraudulento para llevar e inducir al señor Juez a error, pues el trámite era contra las herederas indeterminadas de la causante, que efectivamente hayan sido o no el registro civil o el modo de acreditación, no demuestra el medio engañoso.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES:

Al unísono, tanto el Defensor de la Doctora ESPITIA RABA como del señor GIL AGUILAR coadyuvaron la apelación propuesta por la Fiscalía, al considerarla acorde con la situación fáctica y jurídica de la solicitud de preclusión por ausencia tanto de tipicidad objetiva como subjetiva de los hechos investigados, pues los documentos presentados tanto en la actuación civil como en la penal son auténticos y fueron emitidos por autoridad competente. Por demás, el Fiscal hizo una investigación exhaustiva, lo mismo el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Paipa para poder fallar la pertenencia, sin que en la misma hubiese oposición al derecho de dominio sobre el bien denominado “*El Ramal*”.

Por el contrario, el *A-quo* yerra en la apreciación tanto del análisis de los elementos materiales probatorios allegados como en la existencia de dolo en la conducta de los investigados.

Por su parte, la Doctora GENNY PAOLA afirmó que dentro del proceso de pertenencia jamás hubo una intención de defraudar los intereses de ningún heredero o persona que tuviera interés en el predio a usucapir, por tanto, no puede pregonarse al tenor del art. 453 del C.P. que la sentencia del Juzgado Civil sea contraria a la ley. Finalmente, el señor GIL AGUILAR manifestó que cumplió a cabalidad con lo que la autoridad civil requirió y, aunque fueron más de dos (2) años en dicho trámite no hubo oposición de persona alguna.

LA SALA CONSIDERA

Vistas la providencia de primera instancia y la sustentación del recurso de apelación interpuesto, es tema a estudiar en este asunto si la conducta endilgada a los señores GENNY PAOLA ESPITIA RABA y JAIME GIL AGUILAR es atípica, como lo predica la Fiscalía, y en consecuencia, establecer si es procedente decretar la preclusión de la investigación.

Con el objeto de proveer sobre el particular, es importante recordar que la preclusión constituye un instituto jurídico a través del cual, dada la ausencia de mérito para continuar con la investigación, permite la terminación del proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales. Tal figura implica, *per se*, la adopción de una decisión definitiva por parte del juez de conocimiento, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra la persona indiciada, respecto de los hechos objeto de investigación.

La figura jurídica de la preclusión se encuentra regulada en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, y faculta a la Fiscalía para que, en cualquier etapa de la actuación -indagación, investigación o juzgamiento- solicite la terminación del proceso, siempre y cuando se acredite la concurrencia de alguna de las siete causales allí previstas; no obstante, si esta se solicita en etapa de juzgamiento, por disposición expresa del párrafo único del artículo 332, solamente podrán aducirse las causales contempladas en los numerales 1 y 3, las que pueden ser peticionadas, incluso, por el Ministerio Público y la Defensa

En este asunto, la Fiscalía se encuentra legitimada para solicitar la preclusión por la causal referida "*ATIPICIDAD DEL HECHO INVESTIGADO*" en la medida que el proceso

se encuentra en fase de indagación, de conformidad con lo previsto en los Artículos 331 y 332 de la Ley 906 de 2004.

Acerca de la causal invocada, se sabe que la tipicidad constituye uno de los elementos estructurales del delito en desarrollo del cual se establece si la conducta objeto de reproche coincide o no con la descripción típica prevista en el código penal, de ahí que tal juicio abarque las categorías de tipicidad objetiva y subjetiva que permiten determinar, más allá de que la acción se encuadre en el tipo penal también el tipo subjetivo es decir el dolo, la culpa o la preterintención concurrentes en todo o en cualquier conducta humana, la corte suprema de justicia nos habla de tipicidad absoluta para poderse solicitar la preclusión y esto en el sentido de que no basta que la conducta sea atípica respecto de un tipo penal determinado sino que debe serlo de cualquier otro tipo penal, igualmente debe entenderse que no solo debe comprender a una parte en cuyo caso bien podría solicitarse respecto de un sujeto en particular pero continuar la investigación por las restantes personas que puedan resultar comprometidas.

La doctrina ensaya otra clasificación u otra nomenclatura de la atipicidad así el doctor Reyes Echandia en sus textos de manual de derecho penal y de la atipicidad nos habla de atipicidad absoluta y relativa siendo la absoluta aquella que la conducta en manera alguna ningunos de sus elementos encuadra en los descritos en el tipo penal y relativa cuando algunos de sus elementos de la conducta si se adecuan al tipo penal pero faltan algunos de ellos por su pesto la preclusión procede en cualquier tipo de atipicidad objetiva, subjetiva, absoluta o relativa.

En ese contexto, para establecer la atipicidad, se hace necesario analizar el tipo penal por el que se procede en este caso específico, y en este asunto se ha referido que la acción delictiva endilgada a los señores GENNY PAOLA ESPITIA RABA y JAIME GIL AGUILAR corresponde a la de Fraude Procesal, conducta prevista en el artículo 453 de la Ley 599 de 2000 en los siguientes términos:

“ 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 [...]”

Se trata entonces, de una conducta punible que requiere para su estructuración que el agente activo despliegue actos fraudulentos de tal magnitud, que lleven al funcionario judicial al error, con el único propósito de obtener decisión judicial contraria al ordenamiento jurídico, en consecuencia, pueda precisarse que los actos a que hace referencia el tipo penal deben ser lo suficientemente idóneos para lograr inducir en error.

Sobre la configuración de tal delito ha referido la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia Penal SP6229-2014, rad. 37796.

“Para que determinado comportamiento configure el delito de fraude procesal, se requiere que quien pueda inducir a error a una autoridad tenga el deber jurídico de decir la verdad o de presentar los hechos en forma verídica, esto es, el fraude procesal se presenta cuando una persona interesada en resolver determinado asunto que se adelanta ante alguna autoridad judicial o administrativa, provoque un error a través de informaciones falsas, todo ello con la finalidad de obtener un beneficio, el cual no habría sido posible si la información ofrecida hubiere correspondido a la verdad.

La utilización de medios fraudulentos en una actuación judicial o administrativa, se caracteriza por presentar a la autoridad las cosas o hechos diferentes de como pasaron realmente, es decir, contrarios a la verdad.

[...]

[...] lo cierto es que para efectos de la eventual configuración del punible de fraude procesal atribuido a los acusados, es necesario destacar que esta modalidad de comportamiento punible sólo se configura cuando el sujeto activo tiene conocimiento y conciencia de que actúo dolosamente para inducir al error a un servidor público, pues cuando lo hace de buena fe o con el convencimiento de que está actuado dentro de la legalidad, entonces no será penalmente responsable”.

Con tales referentes, procede la Sala a establecer si en este caso la Fiscalía logró demostrar que la conducta punible que se les reprocha a los procesados es atípica; para ello, es importante hacer referencia, nuevamente, al contexto fáctico que dio origen a la presente investigación el cual se remonta al proceso de partencia tramitado por los procesados ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Paipa.

Así, se sabe que la abogada GENNY PAOLA ESPITIA RABA, actuado como apoderada judicial del señor JAIME GIL AGUILAR tramitaron demanda de pertenencia pretendiendo la adjudicación por prescripción adquisitiva de dominio del bien inmueble denominado El Ramal, ubicado en la vereda el Volcan del municipio de Paipa , identificación con el folio de matrícula inmobiliaria N° 074-30292, en el que aparecía como titular de derechos reales de dominio la señora MARIA ELENA MATEUS FONSECA, de ahí que, de conformidad con las normas propias de la actuación, artículo 375 numeral 5° del C.G.P., la demanda debía presentarse contra esta persona por ser la titular del referido derecho real.

No obstante lo anterior, como a la demanda se había aportado escritura pública N° 1265 del 09 de agosto de 1973 de la Notaría Única de Paipa que sugería que la señora MATEUS FONSECA había fallecido, era claro para la autoridad civil que la demanda debía presentarse en contra de sus herederos, si es que se acreditaba su fallecimiento, y es precisamente sobre este último punto que se centra al controversia que hoy nos convoca, pues, para acreditar tal circunstancia, previo rechazo de la demanda, los

procesados, aparentemente, acudieron a la Registraduría Nacional del Estado Civil, solicitando información sobre tal persona, en donde se les indicó que la señora MARIA HELENA MATEUS DE FONSECA había fallecido en el año 1996 y su registro de defunción reposaba en la Notaría 36 de la ciudad de Bogotá, autoridad ante la que obtuvieron el Registro Civil de defunción con indicativo serial 736091 a nombre de MARÍA HELENA MATEUS DE FONSECA.

Fue con tal información que se dio, nuevamente, inicio al proceso de pertenencia en contra de herederos determinados e indeterminados de MARIA ELENA MATEUS FONSECA tramitado ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Paipa judicatura en la que, agotado el trámite pertinente, sin oposición de persona alguna, el 18 de agosto de 2017 profirió la respectiva sentencia a través de la cual se declaró *“que el señor JAIME GIL AGUILAR adquirió por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el predio situado en la Vereda El Volcán, denominado “El Ramal”, jurisdicción de este municipio. ...”*

Luego de proferida sentencia y una vez enterados los herederos de la demandada acerca de la existencia del proceso, allegaron sendas pruebas que demostraban que el registro de defunción aportado a la actuación judicial por los demandantes no correspondía al asignado a la persona que figuraba como titular de derecho real de dominio sobre el inmueble sino a una persona diferente, motivo por el cual interpusieron la presente denuncia.

Pues bien, para desatar el problema jurídico planteado es necesario referir como primera medida que en este asunto no se discute ni la posesión del inmueble, ni el derecho que les asiste a los herederos de la señora MATEUS FONSECA, ni mucho menos si el resultado del proceso de pertenencia hubiese sido o no el mismo, pues recuérdese que el delito de Fraude procesal es de acto y no de resultado, por lo que no interesa las resultas de dicha actuación, pero más allá de esta consideración por supuesto si los emplazados fueron herederos de una persona diferente o si se demandó a una persona diferente por supuesto que era un proceso que estaba viciado de nulidad e independientemente que en alguna oportunidad se pida ello no le da licitud a ese proceso que desde ahora se advierte fue tramitado con muchos vicios que implicarían su ineficacia.

Lo que realmente debe analizarse en este caso es si al proceso de pertenencia se allegó un registro de defunción que no corresponde a la de la titular de derechos reales de

dominio y si dicha introducción se hizo con la intención mejor con el dolo de inducir en error al funcionario judicial.

Sobre la tipicidad objetiva del licito, no existe controversia alguna que deba ser dirimida, pues la claridad de las pruebas que obran en el plenario, demuestran con suficiencia que el registro civil de defunción que aportaron GENNY PAOLA ESPITIA RABA y JAIME GIL AGUILAR al proceso de pertenencia no corresponde al de la señora MARIA ELENA MATEUS FONSECA, quien figuraba como titular de derecho Real de dominio sobre el inmueble pretendido en prescripción, hecho que se acredita no solo con la prueba documental aportada por los denunciados, -partida de bautismo, partida de defunción y partida de matrimonio de la Arquidiócesis de Tunja-, sino porque ese hecho salta de bulto al verificarse que quien figura en el folio de matrícula inmobiliaria es la señora MARIA ELENA MATEUS FONSECA y el certificado de defunción corresponde a la señora MARIA HELENA MATEUS DE FONSECA circunstancia que inmediatamente permiten advertir que, salvo aclaración alguna que no se acreditó, no se tratara de la misma persona.

precisamente por la irrefutabilidad de tal prueba es que la Fiscalía ha dirigido su solicitud de preclusión a establecer la atipicidad subjetiva respecto de la conducta punible, esto es, la ausencia de dolo o intención de hacer incurrir en error al funcionario judicial por parte de los indiciados, hecho que, asegura, es evidente, pues estos no tenían forma alguna de saber que no se trataba de la misma persona que se identifica en el folio de matrícula inmobiliaria, en tanto, el documento de defunción fue entregado por la autoridad competente para ello, como es la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Y aunque con algunos reparos puede llegar entenderse la posición asumida por la Fiscalía, en virtud de la similitud que se observa en los nombres que se registran en el folio de matrícula inmobiliaria y el Certificado de defunción, lo cierto es que para que esta Corporación no está clara la ausencia de tal elemento subjetivo, tal y como lo refirió el juez de primera instancia.

Fíjese al respecto que la obligación del Ente Acusador era demostrar la ausencia del dolo es decir de intención fraudulenta en el actuar de los indiciados, pero en este caso las pruebas documentales que obran en el plenario dejan serias dudas sobre tal circunstancia, dudas que deben ser absueltas de manera plena por la Fiscalía para establecer si la conducta es típica desde el punto subjetivo o no, y que hasta el momento no están determinadas.

Lo primero que se observa, indiscutiblemente, es la falta de atención de la apoderada judicial para no advertir que los nombres tanto de la persona que aparecía en el folio de matrícula inmobiliaria como de la referida por la Registraduría, aunque similares, no era iguales, pues en este último, Helena se encuentra escrito con H y el segundo apellido se encontraba separado por la preposición DE, lo que permitía advertir que no podía tratarse de la misma persona, pues en ninguno de los documentos que acreditaban la titularidad se refería el nombre de esa forma

Pero aunque este hecho pudiera atribuirse a un yerro propio de todos los seres humanos, al verificarse el proceso de pertenencia se evidencia que la apoderada judicial demandante varía el nombre de la demandada en diversas oportunidades, sin que exista justificación alguna para ese hecho.

En primera medida, no se tiene certeza de la forma en que el señor JAIME GIL AGUILAR solicitó la información ante la Registraduría Nacional del estado civil, esto es, si solicitó consulta por MARIA ELENA MATEUS FONSECA o de MARIA HELENA MATEUS DE FONSECA, lo cierto es que la Registraduría hizo entrega de un certificado que acreditaba el nombre de esta última, como se observa a folio 79 del Cuaderno de la Fiscalía, y por ello, la apoderada judicial radicó un derecho de petición en el que solicitó copia del registro de defunción de MARIA HELENA MATEUS DE FONSECA, folio 80 cuando adviértase quien figuraba en el folio de matrícula inmobiliaria era MARIA ELENA MATEUS FONSECA.

Partiendo de ese hecho, lo extraño es que, aunque había claridad sobre la persona que figura en la Registraduría, pues fue con ese nombre que se peticiónó la copia del registro de defunción, al momento de presentar la demanda la apoderada judicial ya no refiriera a esa persona sino que, ahí sí, dirigiera la demanda tal cual aparece en el folio de matrícula inmobiliaria, esto es, en contra de MARIA ELENA MATEUS FONSECA; pero lo que genera aún más incógnitas es que al relacionar las pruebas, en el acápite correspondiente de la demanda, precisara que allega el Folio de matrícula inmobiliaria donde aparece como titular de derecho real MARIA ELENA MATEUS FONSECA y asimismo, el Registro Civil de Defunción de MARIA ELENA MATEUS DE FONSECA, es decir, la apoderada tenía la certeza de que, por lo menos los apellidos, no coincidían a plenitud, hecho al que contribuyó la falta de atención del despacho, que al momento de admitir de la demanda prefirió omitir el segundo apellido de la demandada.

Ahora bien, continuando con lo acaecido al interior de la actuación, se evidencia que al momento de realizar el emplazamiento, lo que es de vital importancia en los procesos de

pertenencia bueno o en todos los procesos porque de lo contrario se genera nulidad de la actuación, los demandantes continúan con las mismas alternancias de nombres que se registraron en el escrito de demanda, como si no les mereciera importancia alguna el hecho de que los apellidos no coincidían, así, al hacer el emplazamiento de los herederos indeterminados en el periódico de amplia difusión nacional convocan al juicio a los herederos de MARIA ELENA MATEUS **DE** FONSECA (folio 131), pero al hacer el mismo emplazamiento en la emisora RADIO LA PAZ de Paipa, refieren a MARIA ELENA MATEUS FONSECA, mismo nombre que incluyen en la valla que se ubicó en el predio objeto de prescripción (folios 132-133).

Lo anterior lleva a establecer que no es cierto como lo asegura la Fiscalía que los demandantes no tenía posibilidad alguna de saber que ese no era el registro civil de defunción, por lo menos, lo que se acredita con suma claridad es que ellos si eran conocedores de la diferencia en los apellidos, y en lugar de esclarecer tal diferencia registraron nombres diversos en cada una de las salidas procesales que hicieron.

Y es que si se mira desde las reglas de la lógica y el sentido común es diáfano que la abogada que representa al demandado estaba en plena capacidad de advertir que ese nombre que figuraba en la Registraduría no era el mismo que aparecía en el Folio de Matrícula Inmobiliaria, pues la indiciada es una persona apta para comprender que la preposición DE implica que se lleva el apellido del esposo y que si esa preposición no aparecía en el nombre de titular de derechos reales era porque esta última tenía el apellido paterno y materno.

Tales circunstancias sin dubitación alguna, dejan entrever la imposibilidad de que se estime atipicidad subjetiva, pues ella no puede predicarse mientras la Fiscalía no aclare las razones por las cuales la apoderada judicial y su representado incurrieron en tantos yeros y utilizaron sin discriminación nombres diferentes durante el trámite del proceso de pertenencia, si es que de verdad ello obedeció a una equivocación o si es que lo que se pretendía era ocultar que no se había obtenido el certificado de defunción que correspondía, y pretendían adelantarlos con el que había sido entregado por la Registraduría. En síntesis, se debe establecer con certeza si GENNY PAOLA ESPITIA RABA y JAIME GIL AGUILAR actuaron con dolo porque conocían que eran nombres diferentes y que, por contera, no se podía tratar de la misma persona.

Y claro, se indaga la Fiscalía qué acciones debe desplegar, y aunque esta no es función de la judicatura indicar el marco propio del trabajo metodológico del ente acusador, lo que si debe advertirse es que falta profundizar, a través de la ampliación de entrevistas, para

saber, por ejemplo, si JAIME AGUILAR tenía conocimiento de quiénes eran los herederos de MARIA ELENA MATEUS FONSECA, si es que estos eran conocidos en la región o si, definitivamente desconocía por completo a esta persona y su familia ; asimismo, establecer de qué forma se acudió a la Registraduría para buscar el certificado de defunción de derechos reales de dominio, es decir, si se indagó por MARIA ELENA MATEUS FONSECA o por MARIA HELENA MATEUS DE FONSECA y con ello determinar un posible conocimiento previo del indiciado, hecho fácilmente determinable a través de certificación de la misma Registraduría; y finalmente, establecer a qué se deben tantas modificaciones del nombre de la demandada al interior del proceso ¿error o intención de la parte actora?.

Lo referido se hace necesario en este asunto, porque es obligación del ente acusador establecer con grado de certeza que el accionar denunciado no se enmarca en una conducta punible y la atipicidad subjetiva no puede presumirla la Fiscalía, máxime cuando, en casos como el presente, existen serios reparos al accionar de los indiciados que dejan en duda su verdadera intención dentro del proceso de pertenencia.

Corolario de lo expuesto, para esta Sala la atipicidad predicada por la Fiscalía no se advierte clara y por ello, como bien lo consideró el juzgado de primera instancia, no es posible acceder a la preclusión. la providencia impugnada por tanto debe ser confirmada.

DECISIÓN:

En mérito a lo expuesto, LA SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ,

RESUELVE:

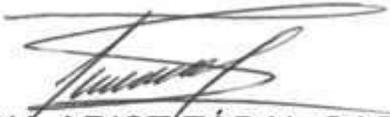
CONFIRMAR la providencia impugnada.

Devuélvase las carpetas al Juzgado de origen para lo pertinente.

Contra esta decisión no procede recurso alguno salvo correcciones y aclaraciones. Las partes quedan notificadas en estrados.



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado