



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Anticipado: 2021-54783.

Aprobado mediante acta 96.

Medellín, julio veintiséis (26) de dos mil veintidós (2022).

La Sala resuelve sobre la admisibilidad del recurso de apelación presentado por la representación de la víctima en contra de la decisión de declarar precluida la indagación, conforme al numeral cuarto del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, atipicidad del hecho investigado, en el proceso que se adelanta en contra de los señores **José Fernando Escobar Estrada, Aida Arango Cortes y Luz Estela Hernández Arango** por los delitos de prevaricato por acción, abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, falsa denuncia, fraude a resolución judicial, enriquecimiento ilícito y concierto para delinquir.

ANTECEDENTES

1. Los hechos.

Sin que se haya aportado información acerca de si se realizó la imputación de las conductas mencionadas, en la audiencia realizada el pasado 21 de febrero, el fiscal 255 seccional expuso que los hechos tuvieron origen a partir de la aplicación del Decreto 326 del 27 de febrero de 2020, suscrito por **José Fernando Escobar Estrada**, actual alcalde de Itagüí, que tenía la finalidad de preservar el medio ambiente atendiendo la contaminación ambiental que existía para finales de febrero de ese año, medidas complementarias en materia de pico y placa y movilidad dentro del nivel de alerta para enfrentar la contaminación atmosférica en ese municipio.

Expuso que en la parte resolutive del mencionado Decreto se estableció que las motocicletas debían tener pico y placa en horas de la mañana y de la noche, los sábados y domingos, y en cumplimiento del mismo, a partir de su vigencia (1 de marzo de 2020), el 8 de marzo posterior, por fotodetección de la motocicleta CAU-60C, matriculada a nombre del señor Jorge Eliecer Ríos Betancur, denunciante, la señora **Aida Arango Cortés** verificó si se había infringido la norma, acerca de que para ese momento la motocicleta no podía transitar conforme al aludido decreto y le "*dio vía libre*" al comparendo para que se iniciara su trámite sancionatorio, que una vez fue asignada a la inspección de tránsito, se verificó en el RUNT, a quién pertenecía la moto y su dirección, y remitieron por correo personal la notificación de la iniciación del proceso contravencional por haber circulado en horas no permitidas y en fecha que no le correspondía, y en razón de ello mandaron la citación a la dirección que aparecía registrada en el RUNT, se devolvió el citatorio por dirección errada, y la inspectora de tránsito **Luz Estela Hernández**

Naranjo, en acatamiento al procedimiento continuó con la notificación a este infractor mediante un edicto¹, citatorio del cual no fue enterado el contraventor y ante su ausencia y la imposibilidad de que éste acudiera a dar sus descargos, el 25 de noviembre de 2020, mediante resolución procedió a declarar la responsabilidad compartida entre el propietario registrado en el Tránsito y el conductor, imponiéndose sanción a Ríos Betancur, por 15 salarios mínimos legales diarios vigentes para ese momento (\$ 438.900).

No obstante este trámite, se explicó que la Corte Constitucional en sentencia 038 de 2020 declaró inexecutable el párrafo uno del artículo 8 de la Ley 1843 de 2017 en relación con la responsabilidad compartida entre conductores y propietarios inscritos, y que con fundamento en esta sentencia el afectado instauró denuncia el 11 de marzo de 2021, por los eventuales hechos delictuosos, respecto del alcalde por proferir el decreto, de la guarda de tránsito por el comparendo electrónico, y de la inspectora de tránsito porque emitió una resolución de sanción.

2. La solicitud de preclusión.

El fiscal solicitó la preclusión de la indagación, conforme al numeral cuarto del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, esto es, atipicidad del hecho investigado.

En relación con la conducta de prevaricato por acción (art. 413 del C.P.), concretamente en lo que atañe al señor **José**

¹ Fijado el 23 de sept. de 2020.

Fernando Escobar Estrada, actual alcalde de Itagüí, expuso que en el decreto que profirió se realizó un análisis de toda la normatividad y de la historia en relación con la contaminación, y que fue proferido conforme a sus competencias legales y constitucionales, y que los actos de los alcaldes municipales solo tienen un control administrativo o en el caso de los funcionarios públicos podrán aplicar la excepción de constitucionalidad debidamente motivada, por lo que está amparado en la presunción de legalidad, e inclusive en ese momento estaba vigente, entonces que para todos los residentes en Itagüí era un mandato legal que debía cumplirse, por lo que no vislumbraba una conducta prevaricadora. Respecto a la guarda de tránsito, **Aida Arango Cortés**, afirmó que no profirió ninguna resolución o auto, conforme lo indica la norma, sino que simplemente se limitó a hacer un comparendo a raíz de una fotomulta, y por ello su conducta tampoco podía tipificarse en este delito.

En ese mismo sentido, explicó que tampoco procedía el abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (art. 416 del C.P.) puesto que respecto del alcalde y la inspectora no sería aplicable este comportamiento, por cuanto de ellos haber cometido algún exceso en la función pública tendrían que estar insertos en prevaricato. El alcalde profirió el acto administrativo conforme a la Constitución y a la Ley y no fue demandado, ni se hizo aplicación de la excepción de inconstitucionalidad que solo la pueden aplicar los funcionarios públicos y no los particulares. Este delito no lo puede cometer el alcalde ni la inspectora, y la guarda de tránsito lo único que hizo fue cumplir una función, para lo cual verificó que la cámara hubiese tomado la foto de la moto que

tenía prohibición de transitar, lo que no es abuso de autoridad.

En relación con la conducta de falsa denuncia contra persona determinada (art. 436 del C.P.) el hecho que informó la guarda de tránsito a la inspectora no era una conducta delictiva sino la contravención administrativa plasmada en el decreto, y la inspectora aplicó un procedimiento; mientras que respecto del concierto para delinquir (art. 340 del C.P.), señaló que tampoco era procedente, pues se aplicó un trámite establecido; y en cuanto al delito de fraude a resolución judicial (art. 454), el alcalde no se sustrajo al cumplimiento de ninguna resolución, lo que hizo fue acatar la Constitución y la Ley para prevenir la desbordada contaminación, al igual la inspectora y la guarda de tránsito.

Finalmente, en cuanto al enriquecimiento ilícito (art. 327 del C.P.), expresó que tampoco podría encuadrarse el comportamiento del alcalde en esa conducta, porque todas esas multas van a dar al Tesoro Público y aquí no se habla de que se hubiese desviado ese dinero, además el denunciante no la pagó, análisis que aplicaría también a la inspectora y a la guarda.

Explicó que el procedimiento realizado por la inspectora de tránsito fue establecer si la moto estaba legalmente matriculada, su propietario y dirección para citarlo, para de esa manera conocer su versión, y pese a que se dirigió el citatorio a través de Servientrega, se devolvió por dirección errada, pero en la información del RUNT aparecía esa

ubicación, y si bien también se encuentra un correo electrónico que supuestamente le pertenecía al señor Jorge Eliécer y no se le envió por ese medio, la inspectora de tránsito procedió a hacer una notificación por edicto, conforme lo establece el art. 131 del CNT, y el 23 de septiembre se colocó en un lugar público, al ingreso del tránsito, para acatar el procedimiento de verificar que la infracción se dio, que el propietario es el señor Jorge Eliécer, que incurrió la contravención señalada en el artículo 131, literal C, numeral C14, de la misma norma, de transitar por sitios y lugares no permitidos, y en esa resolución se hizo el respectivo análisis de la comisión de la infracción, y que conforme al art. 8 del Decreto 843 de 2017, el propietario debía responder solidariamente, por lo que considera hubo una debida motivación.

A efectos de soportar el procedimiento realizado por los indiciados, el fiscal relacionó la documentación aportada al expediente, referida con la contestación de varios derechos de petición del denunciante, la interposición de una tutela y sus respectivos fallos, cuya solución fue favorable en primera instancia en el sentido de que se debía corregir el acto administrativo y entregar las copias solicitadas, y si bien ante impugnación por parte de la Secretaria de Tránsito, se revocó parcialmente la decisión de primera instancia, confirmando solamente la entrega de las copias, en cumplimiento de ese primer fallo se profirió la Resolución 1631 del 19 de abril de 2021, por la inspectora de tránsito mencionada, dejando sin efectos las actuaciones surtidas en el proceso contravencional a partir de la notificación del comparendo. Posteriormente el infractor fue escuchado en descargos, quien simplemente

señaló que no iba conduciendo la motocicleta en esa fecha, que es de su propiedad, y mediante Resolución del 3 de agosto de 2021, proferida por la inspectora **Luz Estela Hernández Naranjo**, se declaró la ausencia de responsabilidad contravencional con fundamento en la sentencia C038 de 2020, que declaró inconstitucional el artículo 8 (parágrafo), acerca de la responsabilidad compartida por las infracciones.

Concluyó que si bien el accionar de la inspectora en esa Resolución del 25 de noviembre de 2020, al no tener en cuenta la decisión de la Corte Constitucional está inmersa en la conducta de prevaricato por acción, varias decisiones de la Corte han resaltado que se comete ese delito *"siempre y cuando la decisión sea garrafal, se tenga un error de interpretación que salta a la vista, que era posible que el operador quien profiere la decisión lo observara, y tiene que ser doloso..."*, debe demostrarse la voluntad del funcionario de proferir el acto contrario a la ley, y en esta serie de actuaciones no observa la voluntad por parte de la funcionaria de desacatar el mandato de la Corte Constitucional y de causar un perjuicio al ciudadano. Su trámite fue conforme al código de tránsito y le dio respuesta a todas sus peticiones.

3. La decisión.

El Juez accedió a la pretensión y precluyó "la investigación". Indicó inicialmente que el derecho penal es la última ratio, y que el legislador es quien decide qué comportamientos deben ser objeto de investigación penal, y dentro de esa

fraccionalidad no todas las conductas que se describen típicamente en el Código Penal son investigadas, porque exigen un grado de lesividad mayor.

Explicó que la Constitución Política en clave de las funciones del alcalde, de la inspectora y de la guarda de tránsito, establece que los funcionarios públicos estaban obligados a lo que les mande la Constitución, la ley y los reglamentos, como principio de administración reglada, en el encabezado del decreto que se discute se invoca cuál es el fundamento de derecho que sirve de soporte para hacer las restricciones, y además el artículo 24 de la Constitución establece que la libertad de locomoción no es un derecho absoluto que no pueda tener restricciones, sino que la administración puede limitarlo, y en este caso se hizo para efectos de conservar el medio ambiente, concluyendo lo siguiente: (i) el alcalde podía hacer la expedición del decreto, (ii) el respaldo normativo sobre el cual fue erigido tenía plena vigencia, entonces solo a partir de la entrada en vigor, era exigible para todos los ciudadanos y, (iii) es mandatorio hacer cumplir las normas, para las autoridades administrativas.

Indicó que la vinculatoriedad es a partir de la publicación en los medios masivos de comunicación, y como son tantas las decisiones que emanan no solamente de la Corte, puede haber casos como este, que la decisión tomada no haya sido conocida por todo el mundo, y es allí donde pasan los meses referidos por el fiscal, (la decisión es del 6 de febrero de 2020, pero se publicó en junio de ese mismo año), y en ese interregno fue tomada la decisión objeto de discusión.

En concreto, expuso que en relación con el prevaricato por acción no se estableció que la expedición del Decreto hubiera sido caprichoso, arbitrario o sin sustento jurídico, mucho menos doloso o encaminado a causar perjuicio a alguna persona; tampoco hubo abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, porque incluso el art. 24 de la Constitución permite, por motivos de orden público, limitar la circulación, como ocurrió por ejemplo con la pandemia, sin que observe que haya un interés en generarle perjuicio a algún particular con la expedición del mismo.

Considera que la falsa denuncia contra persona determinada, tiene que estar establecida por una absolución previa "*o que no fue considerado*", para que exista posibilidad de evidenciar "la malquerencia" en clave de la denuncia con fines de perjudicar a una persona, pero resulta equivocado establecer esta conducta a partir de la aplicación de una norma vigente para ese momento; así como ocurre con el delito de concierto para delinquir, a partir del cumplimiento legal y constitucional de las funciones de los indiciados.

Adujo que tampoco hubo fraude a resolución judicial, por la sentencia C 038 de 2020 que reclama el apoderado del denunciante, por el principio de la vinculatoriedad de que dicha decisión, guía para este caso, era a partir del mes de junio, y en ese interregno entonces no le era sancionable, sin que pueda considerarse para la resolución de este asunto que ese mismo ciudadano actualmente esté citado para audiencia en juicio, en razón de que por cada situación específica debe adelantarse un proceso. La acumulación de procesos es excepcional y deben reunirse unos requisitos que el mismo

legislador ha previsto y que no se cumplen en este caso, porque son circunstancias en el tiempo muy disimiles, a pesar de que haya en común un único procesado que es el denunciante como eventual contraventor.

Por lo demás, adujo que el debido proceso contravencional, enunciado aquí también como objeto de la decisión, ya fue objeto de manifestación por jueces en su función constitucional en acciones de tutela. Al margen de lo que se haya decidido, esa sanción es un hecho superado, porque a pesar de que inicialmente se impuso una sanción pecuniaria de 438.900 pesos, nunca trascendió a la esfera personal, económica o patrimonial del denunciante, y para calificar el debido proceso contravencional también tiene que verse no solamente la forma de vinculación de las personas al mismo, sino ver el cumplimiento de las obligaciones, puesto que el Código Nacional de Tránsito nos obliga a todos los que tenemos vehículos sujetos a registro, a tener actualizado el Registro Único Nacional de Tránsito (RUNT), con la dirección del domicilio y todos los datos que permitan de manera legal y válida vincularnos como propietarios a nivel nacional.

Hay un principio de corresponsabilidad, a efectos de verificar si lo actuado es legal o no, y en razón de ello primero debe constatarse si el ciudadano cumplió y que sus datos reportados correspondan con la realidad, porque de lo contrario no puede pedirse después que se le respeten sus derechos fundamentales, cuando fue el primero en incumplir su obligación legal de tener actualizado el RUNT, para permitirle al Estado adelantar de manera válida y con el debido proceso, cualquier acto o actuación administrativa.

Concluyó que no procede la protección que reclama la víctima porque hubo un acto administrativo liberatorio de responsabilidad contravencional del denunciante, conforme a la sentencia C 038 de la Corte Constitucional. Por tanto, consideró que las conductas por los hechos denunciados son atípicas, y por ello decretó la preclusión.

4. La apelación.

El representante del denunciante interpuso recurso de apelación.

En principio indicó, en cuanto a la vigencia de la sentencia C 038 de 2020, que el constitucionalista José Gregorio Hernández indicó que estos actos empezaban a regir desde la publicación de la sentencia, y no se puede seguir aplicando si ya se sabía acerca de su declaración de inexequibilidad, y cuando le impusieron la multa a su representado estaba vigente esta sentencia.

Resaltó que la Alcaldía de Villavicencio decidió suspender el cobro por las fotomultas, en razón de esa sentencia y para realizar una revisión integral de todo el sistema de multas de la ciudad *"y esto dejó como ejemplo para que las alcaldías de Itagüí, y donde está operando estas fotomultas tengan en cuenta y dé ejemplo de ello"*. A su representado le impusieron otros comparendos y tiene programada audiencia para el 22 de junio de este año, a sabiendas de que ello es un acto administrativo contrario a la Ley y a la Constitución, debiendo dar ejemplo *"ellos que son los gobernantes"*, administradores

de lo público. La Corte mediante esa sentencia ordenó a todos los organismos de tránsito identificar plenamente al conductor del vehículo, no la placa como lo siguen haciendo, desacatando con ello la sentencia.

Criticó que no es posible que no cumplan la sentencia de la Corte Constitucional, que no dan ejemplo *"los que administran este país"*, con la corrupción existente, reconociendo que si bien el Decreto 326 no es ilegal porque dentro de las atribuciones del Alcalde está la de decretar estas medidas ambientales, el quid es que cuando se fue a consultar no estaba *"publicado a la luz pública"* y en respuesta del 23 de febrero de 2021 la inspectora **Luz Estela** manifestó que el señor Jorge Eliécer fue contraventor *"pero que este decreto no se puede encontrar, o sea que no existe"*, se buscó por internet y no se encontró, y por ello sería la obtención de documento público, porque este decreto no lo publicaron *"y uno tiene derecho como ciudadano a que le publiquen esos actos administrativos en forma masiva por internet"*.

Resaltó la contradicción que existe actualmente a partir de estas fotomultas por pico y placa, porque supuestamente están cuidando el medio ambiente, *"pero para que un conductor sea beneficiado de esta congestión, ahí si tiene que pagar"*, constituyéndose una falacia argumentativa de los alcaldes, y si éstos no acatan las sentencias de la Corte *"entonces donde estamos"*, y el decreto no se encontró en este tiempo, debiendo ser publicada por las redes sociales y por internet.

5. No recurrentes.

5.1. El Fiscal solicitó que se declare desierto el recurso de apelación interpuesto. El recurrente no atacó la decisión del Juez, sino que simplemente se limitó a traer hechos que no son materia del examen que se está haciendo y que consiste en si el alcalde al proferir el Decreto 326, la funcionaria de tránsito al firmar el comparendo, y la inspectora al adelantar el proceso contravencional y el fallo, cometieron sendos delitos, en relación con lo cual el Juez se pronunció ampliamente y explicó por qué no se tipificaban esas conductas punibles.

Expuso que el recurrente en vez de centrarse en si se cometieron o no las conductas, porque a su juicio sí se cometieron, trajo a colación las actividades de otras alcaldías, lo que manifestó el magistrado de la Corte Constitucional a la prensa, y el hecho de que su representado volvió a ser sancionado al parecer por una fotomulta, sin atacar la decisión.

Resaltó que el representante del denunciante incurrió en una falacia cuando indicó que hay un "fraude procesal, una falsedad", porque no se está refiriendo realmente al proferimiento de la sentencia, y mencionó algunos pronunciamientos que son generales e imprecisos como que todas estas acciones del alcalde y de proferir un decreto, son corrupción.

5.2. El defensor del señor **José Fernando Escobar Estrada** también solicitó se “desestime” el recurso por indebida sustentación, por no atacarse la providencia.

5.3. En igual sentido la defensora de las señoras **Aida Arango Cortes** y **Luz Estela Hernández Naranjo**, manifestaron que el recurrente no hizo alusión a los argumentos del juez de primera instancia.

El Juez, sin pronunciarse acerca de la procedencia o no de la declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto, decidió remitir la actuación a esta Sala para “*lo de su resorte*”.

CONSIDERACIONES

La Sala rechazará el recurso de apelación interpuesto, puesto que no se atacaron los aspectos esenciales tenidos en cuenta por la primera instancia.

Como regla general de procedencia del recurso de apelación, hemos dicho que su sustentación debe satisfacer el deber de presentar una argumentación orientada a controvertir los argumentos que fundamentan una decisión que en particular, se desea que sea revisada en una segunda instancia. En ese sentido, la Sala de Casación Penal ha insistido en lo siguiente:

En síntesis, para que un recurso de apelación pueda surtir su trámite y no sea declarado desierto por carecer de una debida sustentación, el recurrente debe realizar una exposición, aunque sea mínima, de las razones por las cuales no se encuentra de acuerdo

con la decisión judicial que cuestiona; razonamiento este que, sin importar si se realiza desde el plano fáctico, jurídico o probatorio, **siempre debe brindarle al juez de segunda instancia un panorama claro acerca de los motivos por los cuales el apelante no comparte la providencia recurrida**². (Negrilla nuestra)

En este caso, recordemos que el representante de la víctima procura la revocatoria de la decisión con base en los siguientes enunciados generales: (i) la Alcaldía de Villavicencio decidió suspender el cobro de fotomultas, por la sentencia C038 de 2020 *"y esto dejó como ejemplo para que las Alcaldías de Itagüí, y donde está operando estas fotomultas tengan en cuenta y dé ejemplo de ello..."*, (ii) al señor **Jorge Eliécer** le impusieron otras fotomultas y tiene audiencia para el *"22 de junio de este año"*, tratándose de un acto administrativo contrario a la Ley y a la Constitución y que, (iii) pese a que la Corte Constitucional ordenó a todos los organismos de tránsito del país, identificar plenamente al conductor del vehículo, no a la placa como se sigue haciendo, siguen desacatando e inaplicando la sentencia.

Ninguna de estas aseveraciones contraría el argumento principal de atipicidad que de las conductas de prevaricato por acción, abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, falsa denuncia a persona determinada, concierto para delinquir, fraude a resolución judicial y enriquecimiento sin causa (artículos 413, 416, 436, 340, 454 y 327 del Código

² Auto del 12 de mayo de 2021, radicado 58.193 (AP1834-2021).

Penal), fue declarada por el Juez, conforme a la solicitud realizada por el Fiscal.

Se trata de críticas generales que incluso ninguna aplicación tienen en este caso, o por lo menos así no lo explicó el recurrente, como la existencia de otros comparendos electrónicos que al parecer le generaron al denunciante unas audiencias, cuando en este caso, conforme a los elementos aportados por el fiscal, incluso se dejó sin efectos *“las actuaciones surtidas dentro del proceso contravencional... Con ocasión de la Orden de Comparendo No. D0536000000027212716 del 08 de marzo de 2020...”*³, para notificar dicho comparendo, a efectos de restaurar los términos dispuestos en el artículo 136 del CNT, y obviamente para que el contraventor pudiera ejercer los derechos de contradicción y defensa. Finalmente, según lo informado por el Fiscal en la audiencia, mediante Resolución del 3 de agosto de 2021, proferida por la inspectora **Luz Estela Hernández Naranjo**, se declaró la ausencia de responsabilidad contravencional con fundamento en la sentencia C 038 de 2020, que declaró inconstitucional el artículo 8 (parágrafo), acerca de la responsabilidad compartida.

Adicionalmente, el apelante no discute la ilegalidad del Decreto 326 del 27 de febrero de 2020, proferido por el señor **José Fernando Escobar Estrada** como Alcalde de Itagüí, sino que por el contrario afirmó que *“está dentro de sus atribuciones decretar estas medidas ambientales”*, que según el fiscal fue una de las razones de la denuncia, sino que

³ Mediante Resolución 1631 del 19 de abril de 2021, proferida por la Inspectora Luz Estela Hernández Naranjo.

simplemente dijo que no fue publicado, pero nos quedamos sin saber qué conducta punible le parecía constituía ese comportamiento, y a cuál de los tres indiciados se le podía atribuir, puesto que el argumento de que *"por esto fue el motivo de este delito de obtención de documento público porque no existe..."*⁴ no puede tenerse en cuenta en atención a que ni siquiera esa conducta fue mencionada por el fiscal al solicitar la preclusión, mucho menos fue analizada por el Juez al declararla.

No es correcto, entonces, que se aproveche la posibilidad formal de apelar una decisión para ingresar peticiones o conductas que a último momento le parece al recurrente que pueden tipificarse como delito, pues ello no hizo parte de la discusión, y en todo caso se está tratando de que la Sala elabore el argumento que más le conviene al recurrente acerca de por qué cada una de las seis conductas descartadas por el Juez en su tipicidad, sí procedía en sus elementos estructurales, y que por ello debía continuarse con la indagación.

En estas condiciones, ante la falta de una debida sustentación se rechazará el recurso, en aplicación del criterio establecido por la Sala Penal de la Corte en decisión del 2 de agosto de 2017, radicado 50560 (AP4870-2017)⁵, sin que pueda entenderse con ello la posibilidad de acceder a una tercera instancia.

⁴ Minuto 2:18:40.

⁵ Con ponencia del doctor Luis Antonio Hernández Barbosa.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal:

RESUELVE:

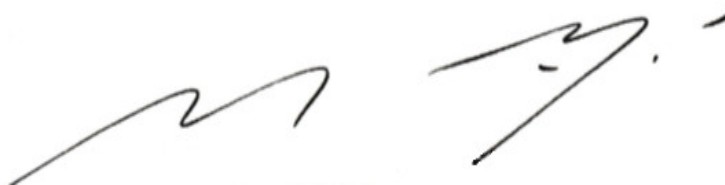
Rechaza el recurso de apelación presentado por el representante del señor Jorge Eliécer Ríos Betancur, contra la decisión de preclusión de la indagación proferida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Itagüí, e informa que procede el recurso de reposición. Cítese a audiencia para su notificación, si es del caso virtual.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN