

AUDIENCIA PUBLICA/ TRANSITO DE LEGISLACION/ PROCESO PENAL/ APELACION

El artículo 13 transitorio de esa misma obra (Decreto 2700 de 1991), previó el trámite a seguir en los procesos que ya estaban en curso en el momento de entrar a regir y señaló:

“art.13.- Trámite de audiencia y sentencia. Los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública se continuarán tramitando con base en el anterior código, sin necesidad de traslado en segunda instancia al ministerio público”.

De corte similar es la ley 153 de 1887 en su artículo 40, que regula la vigencia de la ley procesal en el tiempo para las leyes concernientes a la sustanciación y al rito, en tanto establece que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Esta excepción al principio de vigencia inmediata de la ley procesal no tiene cabida tratándose de la regulación de competencias, a no ser que la nueva norma estipule algo diferente para el período de tránsito entre la disposición recién expedida y la derogada.

2.- Según Florian el proceso penal tiene un substrato de altísimo interés público: la ordenación de la jurisdicción, las formas procesales, los mandatos de observancia de las mismas, etc., son de carácter público. Aquí no se originan derechos adquiridos; sería una herejía hablar de cuasicontratos judiciales, como se habla en el proceso civil. Por lo mismo el artículo 2 del C.P. no tiene paralelo en el procedimiento penal, y de aquí la vigencia de la regla indicada de la aplicación inmediata de la ley procesal penal, la cual extiende también su fuerza a los procesos pendientes, procesos incoados por delitos cometidos con anterioridad a su promulgación”.(Elementos de Derecho Procesal Penal).

Se tiene que la ley procesal rige, por principio, de manera inmediata afectando las actuaciones en curso, salvo en aquellos eventos excluidos por el artículo 40 de la ley 153

de 1887 y por normas particulares que en cada ordenamiento regulan el tránsito de legislación. En el caso del actual C. de P. Penal, el art. 13 transitorio definió como habrían de culminarse, en cuanto al trámite y a los sujetos intervinientes, los procesos en los cuales, para el momento de entrar a regir, ya se había iniciado audiencia pública. Y respecto de las competencias establecidas en dicho estatuto, allí se regularon las situaciones especiales que se quisieron excluir de la regla general de la vigencia inmediata o aquellas respecto de las cuales se requería alguna claridad especial. Normas específicas de esta laya son los artículos 2,3,4,9,11,12,14 y 15 transitorios de Dto 2700 de 1991.

La esencia de la norma procesal es reglamentar el método que se llama proceso. Organizar su estructura y disciplinar el ejercicio de los derechos, deberes y cargas procesales de aquellos que intervienen en él. Si por razones de interés público se varía la organización de la judicatura y con ello se afectan las competencias y la manera como se desenvuelven los recursos, lo que interesa, en punto a la garantía de la doble instancia es que exista la posibilidad de impugnación y que ello se produzca ante funcionario imparcial, es decir, que no haya comprometido su posición.

Proceso No. 9923

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE CASACION PENAL.- Santa Fe de Bogotá D.C., dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

Aprobado Acta No. 108 (02-08-95)

V I S T O S

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación excepcional presentada por el

defensor del procesado ROBERTO EMILIO GALOFRE FERNANDEZ, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta, que revocó el fallo absolutorio dictado por ese mismo despacho judicial y en su lugar condenó al aquí recurrente a la pena principal de doce (12) meses de prisión y multa de mil pesos, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y al pago de los perjuicios materiales, como autor responsable del delito de abuso de confianza.

I. HECHOS

Fueron resumidos por el Procurador Delegado así:

“Tuvieron ocurrencia en la ciudad de Santa Marta en el Servicentro Turístico El Rodadero de propiedad de Oswaldo Arias Vence, cuya administración le había sido confiada a ROBERTO EMILIO GALOFRE FERNANDEZ desde el año de 1978 hasta 1988, año en que se descubrieron múltiples irregularidades en el manejo de dinero perteneciente a la empresa, que la llevaron a la quiebra.

El contador del mencionado establecimiento comercial analizó la situación contable y dictaminó que faltaban aproximadamente \$8'230.000.00 de cuya desaparición responsabilizaron a GALOFRE FERNANDEZ y denunciaron los hechos ante las autoridades que iniciaron la presente investigación penal.

II. ACTUACION PROCESAL

El Juzgado Quince de Instrucción Criminal de Santa Marta, teniendo como base la denuncia formulada por Oswaldo Javier Arias Vence, ordenó la apertura de la correspondiente investigación, vinculando a la misma mediante indagatoria a ROBERTO EMILIO GALOFRE FERNANDEZ, a quien le resolvió la situación jurídica absteniéndose de proferir medida de aseguramiento en su contra.

Cerrada la investigación, el juzgado instructor en providencia de diciembre 7 de 1989 calificó el mérito del sumario con reapertura de la investigación por el término de ocho meses.

La anterior decisión fue apelada por el representante de la parte civil y resuelto el recurso por el Tribunal Superior de Santa Marta el 17 de agosto de 1990, revocó la reapertura y en su lugar formuló resolución de acusación en contra del procesado por el delito de abuso de confianza y en la misma providencia le dictó medida de aseguramiento en la modalidad de caución prendaria en cuantía de un salario mínimo mensual.

Por competencia le correspondió la etapa del juicio al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta, despacho que luego de celebrada la audiencia pública que tuvo lugar el 25 de septiembre de 1991, dictó sentencia el 4 de diciembre siguiente, en la que absolvió al procesado por el delito de abuso de confianza por el que fue acusado.

El apoderado de la parte civil apeló la sentencia de primera instancia y el Tribunal Superior en providencia de mayo 11 de 1992 se abstuvo de resolver el recurso por considerar que se presentaron irregularidades en su trámite. El Juzgado Tercero Penal del Circuito tramitó un incidente y al resolverlo en auto de septiembre 7 del mismo año concedió nuevamente el recurso.

El Tribunal Superior de Santa Marta, luego de haberse presentado el memorial sustentatorio del recurso en el cual se planteó una nulidad por falta de competencia, en providencia del 9 de diciembre siguiente resolvió inhibirse de desatar la alzada por falta de competencia, teniendo en cuenta que la nueva legislación procedimental penal fijó la competencia de los delitos que requieren querrela de parte en los Juzgados Penales Municipales, y el delito de abuso de confianza en cuantía superior a diez salarios mínimos legales mensuales (caso de estudio) es querellable, por lo que ordenó al Juzgado Tercero Penal del Circuito remitir el proceso al Juzgado Penal Municipal

(reparto) por ser de su resorte.

El Juzgado Séptimo Penal Municipal que recibió el expediente, en proveído del 2 de marzo de 1993 ordenó enviarlo nuevamente al Juzgado del Circuito, por ser el competente para desatar la segunda instancia de los procesos por delitos en los cuales él conoce en primera.

Recibido el proceso por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, en auto de abril 22 del mismo año decidió inhibirse de conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por ese mismo despacho, en consideración a que se quebrantaría el principio de la doble instancia y ordenó devolver el expediente al Juzgado Séptimo Penal Municipal, quien dispuso remitir el proceso al Tribunal Superior a fin de que se resolviera la colisión de competencias planteada en auto de mayo 12 siguiente.

Llegado el expediente al Tribunal Superior de Santa Marta, la Sala se pronunció el 11 de junio resolviendo inhibirse nuevamente de conocer de la alzada por falta de competencia, ordenando devolver el expediente al Juzgado Penal Municipal para que éste lo envíe al “Juzgado que corresponda”.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito resolvió el recurso de apelación en los términos antes indicados. Para ese momento, un profesional diferente al que produjo el fallo de primer grado, actuaba como titular del despacho.

III. LA DEMANDA

El casacionista invoca la causal tercera consagrada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por estimar que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad. Para el efecto se apoya en la causal segunda de nulidad de que trata el artículo 304 ibidem.

Considera el recurrente que al ser resuelto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia por el mismo juzgado que la profirió (“así el titular del Juzgado no sea la misma persona”, aclara) se violaron los artículos 211 y 210 del estatuto procesal penal vigente.

Argumenta el libelista que el artículo 211 procesal penal prohíbe la reforma de la sentencia por el mismo Juez que la dictó, y que en el caso de estudio el Juez Tercero Penal del Circuito de Santa Marta dictó la sentencia de primera instancia y fue el mismo Juzgado Tercero el que la revocó al desatar el recurso de apelación; ésto viola lo dispuesto en el artículo 210 de la misma obra, que prevé que el recurso de apelación debe ser decidido por el respectivo superior jerárquico, esto es, el Tribunal Superior de Santa Marta.

Expresa el censor que el Tribunal “en ningún momento ordenó que el Juzgado Tercero Penal del Circuito desatara el recurso de apelación contra la sentencia de cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y uno. Ordenó sí que se remitiera al Juzgado Penal Municipal (reparto)”.

Sostiene que el Tribunal “cometió el error de no decretar la nulidad de la sentencia de primera instancia para que se dictara por el Juez Penal Municipal (reparto) en primera instancia y que la segunda instancia se surtiera ante el Juzgado Penal del Circuito (reparto)”.

Sustenta su petición de nulidad afirmando que “La institución de las dos instancias es de la esencia del proceso penal pues garantiza el derecho de defensa” y que en el presente proceso se desconoció dicho principio fundamental y que por tal motivo se afectó con el vicio de nulidad la actuación.

IV. ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El apoderado de la parte civil presentó dentro del término de traslado un escrito en el

que solicita a la Corte no atender la petición de casación del fallo impugnado, por las siguientes razones:

Que se trata de un delito de querella como es el abuso de confianza cuya competencia es exclusiva de los jueces penales municipales al pasar la cuantía de los diez salarios mínimos mensuales.

Que por ese motivo no procede el recurso de casación contra dichos fallos porque se constituiría a la Corte en una cuarta instancia al pretermirse la instancia del Tribunal Superior respectivo y concluye que en su opinión la casación excepcional “no puede extenderse a los delitos de querella competencia exclusiva de los jueces penales municipales.”.

Agrega que vale la pena recordar el caso seguido “por fraude mediante cheque (delito de querella) contra le doctor ALFREDO RIASCOS LABARCES” en el cual fue defensor, y que “la misma Corte después de haber casado y ante un recurso de nulidad revocó su propia decisión”.

Sostiene “que no se han violado derechos fundamentales en razón de que la sentencia absolutoria dictada inicialmente por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta, no estaba en firme y al haber cambiado la legislación y bajar el negocio por competencia a los penales municipales era el reparto de los jueces penales del Circuito quien debía conocer de la segunda instancia”.

Agrega que el derecho de defensa y el debido proceso estuvieron respetados en todo momento y “como el ataque no es sustancial” solicita que se desestime la demanda presentada.

Expresa que “Tampoco consideramos que el Tribunal Superior de Santa Marta como se afirma, haya errado por razón de la competencia. El penal del circuito era el superior del

a quo, y por tanto debía desatar la segunda instancia como se hizo”.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte casar la sentencia impugnada y declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia de diciembre 9 de 1992 proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en la que tal Corporación se abstuvo de resolver el recurso de apelación interpuesto por el representante de la parte civil contra la sentencia de primera instancia y ordenó la devolución del expediente para la reposición de lo irregularmente actuado.

Estima el Procurador que para verificar la violación de la garantía reclamada en la demanda es importante precisar el momento exacto en que se produjo el cambio de legislación procesal.

Para el efecto, señala que la sentencia de primer grado la dictó el Juzgado Penal del Circuito de Santa Marta el 4 de diciembre de 1991 y la diligencia de audiencia pública se había celebrado el 25 de septiembre del mismo año.

El 11 de mayo de 1992 el Tribunal Superior de Santa Marta, que había recibido el proceso por competencia para que se surtiera el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil, se abstuvo de hacerlo por cuanto estimó que habían ocurrido algunas irregularidades en su trámite y en providencia de 9 de diciembre siguiente se inhibió de conocer del recurso debidamente interpuesto porque consideró que carecía de competencia en virtud de la nueva legislación procedimental penal.

El Decreto 2700 de 1991 de conformidad con lo previsto en el artículo 1o. transitorio del mismo, entró a regir el 1o. de julio de 1992, es decir, cuando la diligencia de audiencia pública ya se había celebrado.

El artículo 13 transitorio de esa obra previó que “Los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública, se continuarán tramitando con base en el anterior Código, sin necesidad de traslado de segunda instancia al Ministerio Público”.

Advierte que en el presente caso no solo se había iniciado la vista pública al momento de entrar en vigencia el nuevo ordenamiento procesal, sino que ya se había culminado y se había dictado la sentencia de primera instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, con lo cual es el anterior Código el que debe aplicarse en su integridad.

Destaca que en este caso particular se tiene que la ley procesal definió la conducta a seguir, dependiendo de la etapa procesal en la que se hallara el trámite a fin de evitar traumatismos ante el cambio de legislación y no cabe por tanto desconocer sus claros preceptos bajo el argumento de cambio de competencia y la particular naturaleza de las normas que la establecen, pues partiendo de la norma transitoria, se ha de entender que fue voluntad del legislador conservar íntegramente las disposiciones del anterior ordenamiento procesal penal para el trámite, hasta la culminación con sentencia ejecutoriada, de los procesos que podrían resultar afectados con el tránsito de legislación.

Considera que no podría llegarse a otra conclusión si se tiene en cuenta que además el artículo 12 transitorio del Decreto 2700 de 1991 dispuso que “Las apelaciones que se hayan interpuesto contra la resolución de acusación al entrar en vigencia éste Código, se surtirán ante el superior jerárquico de la unidad de Fiscalía que tenga competencia para investigar el delito en primera instancia”, de donde no surge duda en una interpretación sistemática de las normas transitorias, que la variación de la competencia solamente podría influir en aquellos casos en los que se presentara la otra condición: celebración de la audiencia pública.

Agrega que “La aplicación de normas que no eran las que por ley corresponde al caso

concreto, determinó el quebrantamiento de la garantía constitucional de la doble instancia, por lo que resulta evidente la comisión de irregularidades sustanciales que determinan invalidez de la actuación”.

Sostiene a partir de tal conclusión debe declararse la nulidad de todo lo actuado desde la providencia de 9 de diciembre de 1992 en la que el Tribunal se abstuvo de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil por considerar que no era competente para ello.

Concluye que en el evento presente tiene plena operancia el mecanismo de la nulidad por violación del principio de la doble instancia e imparcialidad del juez, constitutivos del debido proceso, ocurrida en el trámite del recurso de apelación de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta el 4 de diciembre de 1991.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda sometida a estudio contiene un único cargo que el impugnante formula al amparo de la causal tercera de casación por considerar que la sentencia de segunda instancia se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Sostiene el censor que al resolverse el recurso de apelación por el mismo juzgado que dictó la sentencia de primera instancia se vulneró el principio fundamental de la doble instancia consagrado en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, así como el artículo 211, según el cual no le es permitido reformar la sentencia al mismo juzgado que la profirió.

Teniendo en cuenta que la situación aquí planteada se originó por el transito de legislación procesal, necesario resulta establecer el momento preciso en que ésta se produjo, por ser indispensable para verificar la violación de la garantía

reclamada.

Para el efecto se tiene:

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta, el 4 de diciembre de 1.991 dictó sentencia de primera instancia absolviendo al procesado por el delito de abuso de confianza, previa celebración de la audiencia pública que tuvo lugar el 25 de septiembre del mismo año.

El Tribunal Superior de esa misma ciudad recibió el proceso por competencia para conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil y en proveído de mayo 11 de 1.992 se abstuvo de hacerlo por estimar que se presentaban algunas irregularidades en su trámite.

Recibido nuevamente el proceso por el Tribunal, se ordenó fijarlo en lista durante el término de cinco días, durante el cual el representante de la parte civil presentó el escrito sustentatoria y la Sala de decisión en auto de diciembre 9 de 1.992 se inhibió de conocer del recurso de apelación debidamente interpuesto porque consideró que carecía de competencia en virtud de la nueva legislación procedimental penal.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo primero transitorio del Decreto 2700 de 1.991, este entró a regir el primero (1) de Julio de mil novecientos noventa y dos (1.992), es decir cuando la diligencia de audiencia pública ya se había celebrado y el fallo de primera instancia ya se había proferido.

El artículo 13 transitorio de esa misma obra previó el trámite a seguir en los procesos que ya estaban en curso en el momento de entrar a regir y señaló :

” Art. 13.- Trámite de audiencia y sentencia. Los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública se continuarán tramitando con base en el anterior código, sin

necesidad de traslado en segunda instancia al ministerio público”

De corte similar es la ley 153 de 1887 en su artículo 40, que regula la vigencia de la ley procesal en el tiempo para las leyes concernientes a la sustanciación y al rito, en tanto establece que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Esta excepción al principio de vigencia inmediata de la ley procesal no tiene cabida tratándose de la regulación de competencias, a no ser que la nueva norma estipule algo diferente para el período de tránsito entre la disposición recién expedida y la derogada.

Eugenio Florián explica así el fundamento del principio de vigencia inmediata de la ley procesal:

“Una vez promulgada la norma procesal penal, se aplica no solo a los procesos nuevos (que pueden ser llamados respecto a la ley misma), sino también a los pendientes, porque, por ser tal ley de carácter público, es una expresión directa de los intereses generales y públicos. Mientras en el Derecho Penal sustantivo rige el principio de no retroactividad, en el proceso penal vale el de la retroactividad, como regla y salvo particulares excepciones.

La razón de ello es obvia. El proceso penal tiene un substrato de altísimo interés público: la ordenación de la jurisdicción, las formas procesales, los mandatos de observancia de las mismas, etc., son de carácter público. Aquí no se originan derechos adquiridos; sería una herejía hablar de cuasicontratos judiciales, como se habla en el proceso civil. Por lo mismo el art. 2 del C.P. no tiene paralelo en el de procedimiento penal, y de aquí la vigencia de la regla indicada de la aplicación inmediata de la ley procesal penal, la cual extiende también su fuerza a los procesos pendientes, procesos

incoados por delitos cometidos con anterioridad a su promulgación” . (Elementos de Derecho Procesal Penal).

Se tiene, entonces, que la ley procesal rige, por principio, de manera inmediata afectando las actuaciones en curso, salvo en aquellos eventos excluidos por el artículo 40 de la ley 153 de 1887 y por normas particulares que en cada ordenamiento regulan el tránsito de legislación. En el caso del actual C. de P. Penal, el art. 13 transitorio definió cómo habrían de culminarse, en cuanto al trámite y a los sujetos intervinientes, los procesos en los cuales, para el momento de entrar a regir, ya se había iniciado audiencia pública. Y respecto de las competencias establecidas en dicho estatuto, allí se regularon las situaciones especiales que se quisieron excluir de la regla general de la vigencia inmediata o aquellas respecto de las cuales se requería alguna claridad especial .

Normas específicas de esta laya son los artículos 2, 3, 4, 9, 11, 12, 14 y 15 transitorios del Dto 2700 de 1991.

Asimismo, la Corte en precedente jurisprudencial de Octubre 7 de 1987, señaló la primacía de la norma que establecía la vigencia inmediata de la competencia sobre aquella que en el Dto 050 de 1987 disponía la aplicación del rito derogado para los procesos que para ese entonces estuviesen con auto de cierre de investigación ejecutoriado (arts 5 y 677 del Dto 050 de 1987; M.P. Dr. Saavedra Rojas)

Este análisis previo sobre la competencia, es menester hacerlo por la íntima conexión que en el caso específico tiene con el cargo propuesto en la demanda, patrocinado por la Procuraduría Delegada y recogido en la ponencia inicial. En efecto, el desenvolvimiento del proceso a través de instancias y cómo y ante quién deben desdoblarse éstas, es un asunto que en últimas depende de la forma en la cual entren a regir las disposiciones del tránsito procedimental.

Para el momento en que el Tribunal Superior se abstiene de resolver de fondo la apelación

contra la decisión absolutoria de primera instancia (o sea el 9 de Diciembre de 1992), el hecho por el que se procesaba al imputado, y al cual se refería la sentencia, era de competencia de los Juzgados Municipales en lo Penal ya que el objeto procesal versaba sobre delito contra el patrimonio en cuantía no superior a 50 salarios mínimos legales (C.P.P. 73.1) y además querellable (73.2) Siendo ello así, la alzada correspondía a los Juzgados del Circuito conforme al numeral 2 del art. 72 ib. ya que se trata de la segunda instancia de proceso de conocimiento de Juez Penal Municipal, y es dicha circunstancia, la naturaleza del hecho, la que permite asumir la denominada competencia funcional, que no la mera formalidad de que el proveído haya sido dictado por dicha categoría de funcionarios. Otra cosa es que se hubiese creado una situación ad hoc y atípica que la ley procesal no previó y a la cual no otorgó correctivo específico, dejándola diferida a la regla general del procedimiento.

De lo anterior se deriva, entonces, que el proceso sí tuvo dos instancias y que por ello no se produjo vicio de actividad que origine la nulidad de la actuación. Precisamente es como consecuencia del desarrollo de la segunda instancia, en la que el Juzgado del Circuito actúa como Juez ad quem por expresa disposición legal, que se revoca la sentencia de absolución y se reemplaza por fallo de condena. El Juzgado del Circuito ejerce, en ese momento, la denominada competencia funcional de segunda instancia, atribución que como lo señala Leone "la determina la distribución de la jurisdicción penal en relación a las fases de desarrollo de la relación procesal penal o a particulares actividades". Agrega el mismo autor que son razones de diversa índole las que inducen al legislador a dividir el proceso no solo en varios grados, sino también en varias fases, a cada cual corresponde una determinada competencia que se denomina funcional. Y cita como ejemplo de esas distintas razones, las atinentes a la especialización de funciones, particular capacidad o particular estructura u organización del oficio y división del trabajo. (Tratado de Derecho Procesal Penal ; T. I , p. 361)

La esencia de la norma procesal es reglamentar el método que se llama proceso.

Organizar su estructura y disciplinar el ejercicio de los derechos, deberes y cargas procesales de aquellos que intervienen en él. Si por razones de interés público se varía la organización de la judicatura y con ello se afectan las competencias y la manera como se desenvuelven los recursos, lo que interesa, en punto a la garantía de la doble instancia, es que exista la posibilidad de impugnación y que ello se produzca ante funcionario imparcial, es decir, que no haya comprometido su posición. Así ocurrió en este proceso, ya que la decisión final, ahora recurrida en casación excepcional, no fué proferida por la misma autoridad concreta que expidió el fallo impugnado, y porque de haber sido la misma persona el titular del despacho al que correspondía desatar la alzada, respecto de ella habría prosperado una causal de recusación o un motivo de impedimento. Tanta independencia de criterio existió entre los diferentes Jueces del Circuito, tan poca vinculación hubo entre la judicatura, que las decisiones fueron diametralmente opuestas. Por eso, la violación al debido proceso, en su vocación para desenvolverse en grados de competencia que permitan el ejercicio del derecho de contradicción, no existió. Por eso también fracasa el ataque en Casación.

Cuando el recurrente pregonaba que el Tribunal Superior no ordenó que el Juzgado del Circuito desatara la apelación y que se cometió el error de no decretar la nulidad del fallo de primer grado para que se dictara por el Juez Penal Municipal, no repara en que dicha anulación era improduyente habida consideración de que cuando la sentencia se produjo, el aquo era precisamente el competente para hacerlo, según la ley hasta ese momento vigente. Tampoco se repara en que la inmodificabilidad de la sentencia (C.P.P. 211) es mandato concebido sobre el supuesto de que se produzca en desarrollo de una misma instancia, ni en que si el Juzgado Municipal se hubiera abstenido de remitir el proceso al Circuito, para que se desatara la alzada, ahí sí habría dejado el proceso huérfano de la doble instancia, otorgándole tratamiento de única a lo que apenas era de primera.

De ahí que la Sala deba apartarse del concepto del Delegado del Ministerio Público y

de la pretensión demandada en Casación, a través del recurso excepcional o discrecional.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida

Cópiese, y remítase al Juzgado de origen.

NILSON PINILLA PINILLA, FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL, RICARDO CALVETE RANGEL Con Salvamento de Voto,CARLOS E. MEJIA ESCOBAR,DIDIMO PAEZ VELANDIA, EDGAR SAAVEDRA ROJAS,JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA,JORGE ENRIQUE VALENCIA M. Con Salvamento de Voto.

Carlos Alberto Gordillo L.,SECRETARIO

APELACION

Proceso No. 9923

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto exponemos las razones por las cuales no compartimos la decisión

tomada por la mayoría, con la cual no solo se dejó el fallo sin una verdadera segunda instancia, sino que se creó un recurso de apelación horizontal inexistente en nuestra legislación procesal penal.

El asunto debatido es el siguiente:

1o.- El 4 de diciembre de 1991, fecha en la cual no hay ninguna duda sobre su competencia, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Marta dictó sentencia absolutoria en favor de ROBERTO EMILIO GALOFRE FERNANDEZ, quien fue llamado a juicio por el delito de abuso de confianza.

Interpuesto el recurso de apelación por el apoderado de la parte civil, fue concedido por auto de diciembre 19 del mismo año. En enero 24 de 1992, el Magistrado sustanciador ordenó el traslado para el fiscal de la Corporación, y la fijación en lista para que las partes presentaran sus alegatos. Surtido este trámite, la Sala en proveído de febrero 6 de 1992 se inhibió temporalmente de resolver, y remitió el expediente al juzgado para que precisara la fecha de la interposición de la impugnación, con el fin de saber si había sido en tiempo o no. El Juzgado del Circuito

adelantó un incidente dentro del cual se demostró que el recursó fue interpuesto y sustentado el día 9 de diciembre de 1991, esto es, dentro del término, razón por la cual dispuso que el expediente volviera al Tribunal Superior para que se pronunciara sobre la objeción planteada.

Como para ese momento, septiembre de 1992, ya había entrado en vigencia el actual Código de Procedimiento Penal, en el cual se asignó la competencia de los delitos que requieren querrela de parte a los Juzgados Penales Municipales, y el delito de abuso de confianza en la cuantía del caso en estudio en adelante requería de querrela, el Tribunal se abstuvo de resolver mediante auto en cuya parte motiva dijo:

“En consecuencia, desaparecida la competencia para conocer del presente asunto por claro imperativo de lex nova, la Sala se abstendrá de revisar la providencia que se ha pretendido examinar por no ser suceptible de la alzada, ordenándose la devolución del expediente al juzgado que corresponda que no es otro diferente al Juzgado Penal Municipal (Reparto) de esta ciudad.

Afortunadamente al Juez Penal Municipal a quien le correspondió el proceso no le atrajo la idea del Tribunal de dejar sin resolver el recurso, pero se le ocurrió que éste debía ser resuelto por el Juzgado del Circuito, con base en que el delito era de su competencia, pero la segunda instancia de su superior funcional, olvidando que en este caso la sentencia fue en su momento válidamente

dictada por dicho Juzgado del Circuito.

Recibido el proceso por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, se inhibió de pronunciarse sobre la sentencia, apoyándose en los argumentos que a continuación se transcriben y que los suscritos consideramos acertados:

“... mediante el principio de la doble instancia se busca que el superior jerárquico sea quien revise los actos del inferior y si este Despacho en estos momentos entrara a pronunciarse acerca de la apelación de la sentencia proferida en el proceso que se siguió contra ROBERTO GALOFRE FERNANDEZ estaría violando el principio rector a que nos venimos refiriendo, pues conocería de un auto proferido por Juez de su misma jerarquía. En consecuencia, por carecer de competencia, este Despacho se inhibirá de conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia fechada diciembre 4 de 1991.”

Devueltas las diligencias al Juez Penal Municipal, éste resolvió enviarlas al Tribunal, en donde en un confuso auto manifiestan que se atienen a lo resuelto el 9 de diciembre de 1992, y dejan entrever que el recurso lo debe responder el Juez del Circuito, en obediencia de lo cual dicho funcionario así procedió.

Recurrida la sentencia en casación excepcional, la Sala mayoritaria estimó que el procedimiento utilizado era correcto y resolvió no casar.

2o.- Del anterior recuento se infiere con absoluta claridad lo siguiente:

a) Por voluntad de la mayoría de la Sala se puso a producir efectos retroactivos a una reforma procesal que varió la competencia para conocer del delito de abuso de confianza, cuando la cuantía es superior a diez salarios mínimos e inferior a cincuenta. Esto es evidente, si se tiene en cuenta que le aplicaron la nueva competencia a un proceso en donde ya se había dictado sentencia de primera instancia, y lo que se debía utilizar eran las normas que regulan la competencia y el trámite de la segunda instancia.

b) Desconociendo esa indiscutible realidad, entraron a suponer, que como esa sentencia en el futuro le correspondería dictarla a un Juez Penal Municipal, desde ahora la segunda instancia era de competencia de los Juzgados del Circuito, “inventando” de esa manera una forma horizontal de resolver el recurso de apelación, y llevándose de calle el mandato constitucional del artículo 31, que claramente establece que la segunda instancia la debe resolver “el superior”.

Y además, la suposición les sirve de apoyo para afirmar otra cosa que no es cierta, que la sentencia tuvo segunda instancia, cuando lo verdadero es que el proceso culminó en su fase ordinaria con dos sentencias proferidas en la misma instancia y por el mismo juzgado.

c) Como consecuencia de la decisión tomada también violaron el artículo 70 numeral 1o. del Código de Procedimiento Penal, en donde se asigna a las Salas Penales de los Tribunales Superiores la competencia para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos contra las providencias dictadas por los jueces del Circuito.

La sentencia de primera instancia fue dictada por el Juzgado del Circuito en ejercicio de

la competencia que en ese momento tenía, luego por la razón legal anotada la segunda instancia correspondía al Tribunal, de manera que la decisión que se ha debido tomar en casación era invalidar el proceso para que se surtiera la apelación oportunamente interpuesta y concedida.

d) Desde el derecho romano, cuya organización judicial también se caracterizaba por la jerarquización y la verticalidad, la *appellatio*, creada como un remedio contra la injusticia de la sentencia, se surtía ante el superior del funcionario que la había dictado.

Y durante la revolución francesa, que se pensó en suprimir el recurso de apelación o en darle un trámite horizontal, triunfó la tesis de que la esencia de la garantía consiste en que esta impugnación la resuelva el superior de quien profirió la decisión, razón por la cual se mantuvo el recurso.

Obviamente, “el superior” al cual se refiere nuestra Constitución Política, y el que entienden la doctrina y las legislaciones extranjeras, es el que está funcionalmente por encima de quien expidió la providencia recurrida, no “el superior” del funcionario que en el futuro le corresponda tomar esas decisiones, porque con esa curiosa interpretación, que fácil resulta, como en este caso se ve, burlar la verdadera garantía del recurrente.

RICARDO CALVETE RANGEL, JORGE ENRIQUE VALENCIA M.