

Proceso No 23700

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrados Ponentes

Doctores SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ y ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

Aprobado Acta No. 65

Bogotá D. C., siete de septiembre de dos mil cinco.

V I S T O S

Conforme a lo normado en el inciso 3° del Art. 205, en armonía con el Art. 212 del C. de P. Penal, la Corte evalúa si se cumplen las condiciones de admisibilidad de las demandas de casación discrecional promovidas por los defensores de JOSÉ NAPOLEÓN VELÁSQUEZ TRIVIÑO y HÉCTOR HERNANDO MORENO GALINDO, respecto de la sentencia de segundo grado proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 8 de marzo de 2004, por cuyo medio revocó el fallo absolutorio proferido a favor de los citados procesados por el Juzgado 49 Penal del Circuito de la ciudad el 12 de septiembre de 2003 y, en su lugar, los declaró penalmente responsables del delito de peculado culposo.

Consecuencialmente, condenó a cada uno de los acusados a las penas principales de 9 meses de arresto y multa por la suma de 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, así como también a sufragar solidariamente,

a título de indemnización de perjuicios y a favor de la Lotería de Cundinamarca, el valor debidamente indexado de \$1.645'853.123, más los rendimientos dejados de percibir a partir del 17 de junio de 1997, hasta el momento en que el pago se verifique.

HECHOS

Fueron historiados por los juzgadores en las instancias, de la siguiente manera:

“Para los días 25 de marzo y 26 de mayo de 1997, el gerente de la Lotería de Cundinamarca, Doctor Napoleón Velásquez Triviño, como ordenador del gasto, dispuso la inversión de excedentes de liquidez mediante la constitución de dos CDTs en la Compañía de Financiamiento Comercial Leasing Capital S.A., por valores de seiscientos y mil millones de pesos, respectivamente, procedimiento que fuera ejecutado por HECTOR HERNANDO MORENO GALINDO, subgerente administrativo y financiero y PEDRO VASQUEZ ACOSTA, Jefe de la División Financiera, constituyéndose los títulos valores números 01172 y 012485 con fecha de vencimiento 25 de junio y 27 de agosto, inversiones que no fue posible que se redimieran por cuando (sic) el 16 de junio del mismo año, la Superintendencia Bancaria, mediante Resolución 0581, intervino la entidad crediticia ante la suspensión del pago de sus obligaciones.”

LA DEMANDA

Dentro del término legal, cada uno de los defensores de los sentenciados VELÁSQUEZ TRIVIÑO y MORENO GALINDO presentaron las respectivas demandas de casación por la vía excepcional, cuya sinopsis se hará de conjunto por hallarse sustentadas las censuras en el mismo motivo casacional -causal tercera-, resultando ser idénticos los supuestos fácticos y jurídicos que se aducen en ambos eventos para que la Corte ejercite su potestad discrecional en garantía del derecho constitucional fundamental al debido proceso.

Así, con fundamento en la causal tercera, como ya se anotó, los demandantes en el único cargo que postulan aducen que la sentencia recurrida se profirió en juicio viciado de nulidad, puesto que de acuerdo con lo reglado en el Art. 306-2 del C. de P. Penal, se incurrió en irregularidad sustancial que afecta el debido proceso en la medida en que, no obstante que en desarrollo de la vista pública el Fiscal como sujeto procesal solicitó la absolución de los procesados, el fallo de primer grado por cuyo medio se acogió su pretensión fue revocado por el Ad-Quem.

Una tal situación, conllevó a que la actuación de la Fiscalía no correspondiera a la carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del reo, conforme a lo normado en el inciso 2º del Art. 234 ibidem en armonía con el Art. 250 de la Carta Política, pues, sin que se hubiese dado la acusación como quiera que el pliego de cargos no fue sustentado en el transcurso del debate oral, se profirió sentencia condenatoria con transgresión de la estructura del sistema acusatorio.

Sostienen los censores que el debido proceso penal en un sistema acusatorio se proyecta como un proceso de partes, uno de cuyos principios se traduce en que no puede existir proceso penal sin un actor que lo promueva y sin una acusación que sea promovida y sostenida formal y materialmente al interior del mismo, en el que también operan e interactúan como principios, además de las normas rectoras que lo rigen, los denominados principios generales de la prueba que igualmente se constituyen en fundamento y límites del debido proceso penal -Art. 234- los cuales hacen relación a la imparcialidad del funcionario judicial en la búsqueda de la prueba, del que a su vez se deriva el principio de la carga de la prueba -la del hecho punible y de la responsabilidad del procesado- que en la etapa del juicio corresponde a la Fiscalía, a la que de igual manera también le compete sustentar la acusación.

En orden a la demostración de la violación alegada, se transcribe en las demandas la intervención de la Fiscal que a su cargo tuvo el asunto.

Luego de reseñar las características que en su sentir identifican el proceso penal con tendencia acusatoria, reiteran los actores que en una actuación de esta naturaleza “se erige como principio de principios el de la necesidad de que la parte acusadora sostenga la acusación conjurándose así la posibilidad que dicha función pueda asumirse ex officio por parte del órgano judicial como en otrora se realizaba al interior del sistema procesal inquisitivo.”

Con apoyo en abundante cita doctrinaria y en lo que se adujo en la exposición de motivos del proyecto de C. de P. Penal anterior acerca del tema aquí planteado, a manera de colofón exponen los casacionistas que en tratándose del proceso penal dentro del sistema acusatorio o con tendencia acusatoria, si al juicio no acude la parte acusadora a sostener la acusación, debe imperar el proferimiento de una sentencia absolutoria, puesto que sin acusación previa no hay lugar a la atribución de responsabilidad penal.

Desde la vigencia de la Carta Política de 1991, rige en nuestro sistema procesal penal el principio acusatorio conforme a lo normado en su Art. 250, precepto este que no empuja su reforma por el acto legislativo 003 del 12 de diciembre de 2002, mantuvo en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la función de acusar, labor que se desarrolla ante el juez del conocimiento a efecto de darle inicio a un juicio público, oral con inmediación probatoria, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

Si bien el acto legislativo 003 de 2002 se encuentra supeditado en su aplicación a la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, es decir, rige respecto de los delitos cometidos a partir del 1° de enero de 2005, agregan, es lo cierto que por no resultar contradictorio con el reformado Art. 250 Superior aquella normatividad en lo sustancial se halla en vigor, aunque en aspectos procesales su vigencia se haga depender del momento en que entre a operar de acuerdo con lo que la propia legislación establece.

Así, cabe concluir que la actividad del Fiscal, a partir de los preceptos constitucionales referenciados en cuanto a la función específica que le atañe dentro del debido proceso penal, es la de presentar la acusación dentro de la etapa del juicio a surtir, puesto que no puede concebirse que sin ese acto previo haya lugar al posterior, la actividad de juzgamiento que le compete al juez.

Por manera que, si la Fiscalía no sostuvo la acusación que se hiciera en el proveído calificadorio, ello conlleva a concluir que en un proceso acusatorio “ante la no presencia de acusación de parte del titular de esa acción, el Estado se sustrae de ejercitar el ius puniendi en contra del procesado, toda vez que, precisamente no cuenta con los medios probatorios que le permiten desvirtuar la presunción de inocencia de la que aquel se ve revestido.”

Partiendo de la premisa de que la acusación es un acto jurídico complejo, y de acuerdo con el principio de la carga de la prueba, desde una perspectiva sustancial y procesal bien cabe afirmar que en un proceso penal ante la ausencia del sostenimiento de la acusación por parte del titular de esa función en el decurso del juzgamiento-el fiscal-, “el juzgador de instancia no puede llegar a dictar sentencia condenatoria so pretexto de la aplicación de los principios de libertad probatoria y de apreciación probatoria conforme a las reglas de la sana crítica, toda vez que ello implicaría que ex oficio, como atrás se advierte, estuviese asumiendo el sostenimiento de una acusación definitiva inexistente y, una posición que no ostenta dentro del proceso, desnaturalizando la posición que asume el fiscal de formular, sustentar y soportar el acto acusatorio (...)”

Como preceptos infringidos los censores señalan los Arts. 29 de la Constitución Política, 306-2 y 234, inciso 2º del C. de P. Penal.

Decretar la nulidad de lo actuado a partir de la expedición de la sentencia de

segunda instancia, y bajo el entendido de que la circunstancia invalidante afecta exclusivamente el fallo acusado, se proceda a dictar el de reemplazo, es la aspiración de los impugnantes.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda vez que el único cargo presentado por cada uno de los demandantes en sus respectivos libelos se sustenta en la posible violación de garantías fundamentales de los procesados, y como quiera que en este evento se procede por conducta punible cuya pena máxima no supera los seis (6) años -peculado culposo- de acuerdo con el precepto aplicado en la solución del asunto -Art. 137 del Dto. 100 de 1980, modificado por el Art. 32 de la ley 190 de 1995-, deviene incuestionable que la casación excepcional es la única vía posible para acceder a esta sede extraordinaria.

Ahora bien, conforme con la actual legislación procesal, la demanda de casación discrecional amén de tener que satisfacer los requisitos establecidos por el artículo 212 del C. de P. P., ha de expresar, con cabal demostración, la necesidad de su admisión para la garantía de los derechos constitucionales fundamentales que hubieren sido transgredidos en el trámite ordinario del proceso, o el desarrollo de la jurisprudencia, únicos motivos por los cuales puede ser admitida, correspondiéndole decidir a la Corte, en ejercicio de la discrecionalidad que la ley le otorga, si acomete su estudio de fondo o la rechaza.

En el presente caso, si bien la impugnación se ejercitó oportunamente contra sentencia de segundo grado expedida por Tribunal Superior de Distrito Judicial en trámite procesal impulsado por delito cuya penalidad máxima no supera los seis (6) años de prisión, y que también se enuncia la supuesta vulneración del debido proceso reseñando para el efecto las supuestas irregularidades que la configuran, es lo cierto que la argumentación pertinente se halla huérfana de cualquier planteamiento serio que le

indique a la Corte la necesidad de que a través de la concesión de la casación excepcional acredite su transgresión y el consecuente agravio que para los procesados contiene la sentencia cuestionada.

Ciertamente, el tema materia de discusión ya ha sido suficientemente esclarecido por la doctrina de la Sala, entre otros, en los pronunciamientos realizados el 11 de diciembre de 2003, Rdo. 19.169; 17 de marzo de 2004, Rdo. 21.837; y 15 de septiembre de 2004, Rdo. 21,769.

El sistema procesal bajo cuyo imperio se adelantó el proceso -Ley 600 de 2000- exige la resolución de acusación como presupuesto previo al juicio y por consiguiente al correspondiente fallo, pieza procesal aquella de naturaleza eminentemente escrita producto de la labor investigativa de la Fiscalía, en la que se plasman los elementos probatorios esenciales -fácticos y jurídicos- que le permitirán al acusado el ejercicio del derecho de defensa, y al ente acusador su intervención en la etapa de juzgamiento.

Debido a que el sistema procesal penal que aún pervive está construido sobre la estructura de un sistema inquisitivo, la resolución de acusación no se encuentra ligada estrechamente con la posterior actuación de la Fiscalía al punto que se exija su total cohesión como fundamento de la sentencia, puesto que ese acto de acusación es autónomo e independiente. De ahí que se presenten fenómenos como el aquí censurado, pues mientras que el Fiscal instructor al calificar el plexo sumarial profirió acusación en contra del procesado, en el debate oral el Delegado del ente acusador solicitó su absolución.

El carácter vinculante de la resolución de acusación se manifiesta en el hecho de señalar los límites de la defensa, acto jurídico complejo que sin embargo no ata plenamente al juez en cuanto éste puede apartarse de su contenido, bien para

absolver, ora para condenar, o para ordenar en la etapa del juicio se corrija si estima que la tesis de la Fiscalía no guarda correspondencia con las evidencias procesales. Lo cierto es que con la ejecutoria del pliego de cargos se inicia la etapa del juicio y adquieren competencia los jueces para conocer del asunto, fase en la cual el Fiscal se despoja de su condición de titular de la acción penal para asumir la de sujeto procesal, permitiéndole una tal situación adoptar frente al debate una posición diferente a la observada en el procesatorio, sin que ello signifique que la tesis que prohíba sea la que necesariamente deba acoger el sentenciador.

En suma, el principio de carga probatoria se entiende cumplido con el de conservación de la prueba recolectada por el Fiscal en desarrollo de la etapa de instrucción cuando es titular de la acción penal, postulado este que igualmente rige el proceso penal colombiano. Luego, la estructura básica del proceso sólo se verá afectada cuando legalmente no se haya producido resolución de acusación, mas no cuando el Fiscal en su intervención de la audiencia pública solicita la absolución del acusado, máxime si no existe precepto que lo obligue a ello, actitud esta que no implica el retiro de la acusación sino el ejercicio de una actividad de uno de los sujetos procesales, que indefectiblemente no vincula al juez de la causa.

Además, como en el sistema procesal penal adoptado en la Ley 600 de 2000 rige el principio de legalidad, no es procedente aplicar criterios propios del conocido principio de oportunidad, según los cuales la fiscalía, autónomamente, puede prescindir de proseguir con la actuación con fundamento en hechos o circunstancias que, de acuerdo con las legislaciones que acogen este principio, pueden estar regulados en la ley o ser discrecionales de quien tiene la función de acusar

En la sentencia de casación que con antelación se dejó reseñada en primer lugar, la Corte al referirse a la materia aquí debatida fijó su posición de la siguiente manera:

“(…) si bien es cierto que el monopolio de la acción penal por mandato constitucional le corresponde al Estado por conducto de la Fiscalía General de la Nación a través de sus atribuciones de investigación y acusación -Arts. 249 y Ss. de la Carta Política- ello no implica que en la etapa de juzgamiento cuando el funcionario Delegado del ente instructor asume la calidad de sujeto procesal deba mantener inmodificable su inicial posición de acusador, si en su opinión finalmente colige que el procesado no cometió la conducta punible que se le atribuye, o que el hecho que se le imputa no es constitutivo de delito, es decir, si estima que el presupuesto de certeza que la ley exige para proferir un fallo de condena no se halla satisfecho.

“En efecto, de conformidad con el Art. 228 de la [Constitución Política](#) la administración de justicia es una función pública, que en materia penal se traduce en el doble cometido de investigar la ocurrencia de los hechos ilícitos, y de decidir en juicio sobre la aplicación de la ley a los mismos a través del impulso de la acción penal.

“Fue voluntad del Constituyente implantar en nuestro sistema penal un esquema procesal con tendencia acusatoria, en la medida en que distinguió las funciones de investigación, acusación y juzgamiento. Así, la Carta atribuye a la Fiscalía la titularidad de la acción penal y la dirección de las investigaciones penales, pues el artículo 250 superior expresamente señala que corresponde a la Fiscalía ‘investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes’, en tanto que dejó reservada a los jueces la definición de los procesos mediante el proferimiento de la correspondiente sentencia.

“Sin embargo, la Constitución no consagra un procedimiento acusatorio puro, sistema este en el cual el ente acusador hace parte del Ejecutivo o del Ministerio Público, y por ende está en general desprovisto de poderes judiciales. En cambio, en nuestro ordenamiento la Fiscalía hace parte de la rama judicial -Art. 249, inc. 3º de la Carta Política-, razón por la cual se le han asignado determinadas facultades judiciales, pues de acuerdo con lo

estipulado en el Art. 250-1 y 2 ibidem puede proferir medidas de aseguramiento, y calificar y declarar precluidas las investigaciones penales.

“Así como en desarrollo de la fase instructiva los fiscales pueden ordenar, practicar y valorar las pruebas con las facultades propias de un funcionario judicial -cometido con el cual se cumple con el principio de carga probatoria establecido en el Art. 234 del C. de P. Penal-, los jueces pueden ejercer el control de legalidad sobre las medidas de aseguramiento y, de igual manera, sobre las decisiones tomadas por el Fiscal General de la Nación o su Delegado que afecten a la propiedad, posesión, tenencia o custodia de bienes muebles o inmuebles -Art. 392 del C. de P. Penal-. Valga decir, conforme al principio de colaboración funcional estatuido en el Art. 113 de la [Constitución Política](#), la ley permite la intervención de los jueces durante la fase instructiva y de los fiscales en el juicio.

“Y, si los fiscales pueden dictar aquellas medidas, es perfectamente consecuente con el espíritu garantista de la Carta que se extremen los rigores frente a las mismas en el entendido de que ellas limitan derechos, por lo cual es perfectamente legítimo que el Legislador pueda establecer la intervención facultativa u obligatoria de los jueces durante esa fase instructiva, con el fin de controlar al ente acusador y proteger con la mayor eficacia posible las garantías procesales. Por ello se ha dicho que el sistema procesal penal colombiano es mixto, en el entendido de que si bien existe una diferenciación de funciones entre los fiscales y los jueces, ambos poseen, dentro de la órbita de sus competencias, facultades judiciales y son funcionarios judiciales.

“Ahora, la función de investigar y de acusar entendida como el conjunto de actuaciones judiciales que se realizan desde el inicio del proceso penal hasta la calificación del mérito del sumario, inclusive, es atribución que le compete al Fiscal hasta antes del juicio, lo cual significa que hasta ese momento tiene la conducción del proceso como quiera que producida la resolución de acusación de haber lugar a ella, una vez en firme ésta le traslada el expediente al juez competente para que adelante el juzgamiento y finalmente

profiera sentencia.

“En virtud del principio acusatorio, con la iniciación del juicio el Fiscal General de la Nación o su Delegado adquiere la calidad de sujeto procesal -Art. 400 del C. de P. Penal-, pues uno de los postulados esenciales de este sistema parcialmente adoptado por el Constituyente, es que la verdad procesal surja del contradictorio que se ejercita en desarrollo del debate entre los argumentos de la acusación y de la defensa, frente a un tercero imparcial, el juez.

“Como uno de las obligaciones que la [Constitución Política](#) le impone a la Fiscalía General de la Nación es investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, como también respetar sus derechos fundamentales y garantías procesales -Art. 250, inciso final-, en ejercicio del derecho de postulación que le asiste como sujeto procesal mal haría en solicitar una sentencia condenatoria, si a su juicio no obra en el proceso la prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado -Art. 232, inc. 2º C. P. P.-. De ahí que, contrariamente al pensamiento del impugnante extraordinario, no pueda argüirse que el Fiscal indefectiblemente se halle ligado a la resolución de acusación y que en el juicio tenga el deber de defenderla, pues, ante la eventual falencia probatoria que en su criterio se presente en relación con ese predicado de certeza, por respeto al principio de presunción de inocencia no tenga alternativa distinta a propender por la absolución del justiciable.

“Como lo viene sosteniendo la Sala de tiempo atrás, y ahora lo reitera, si bien la intervención de la Fiscalía en la audiencia pública es imprescindible, conforme al régimen procesal penal mixto acogido por la preceptiva colombiana ello no implica que en el ejercicio de su función acusadora necesariamente esté obligada a sostener el pliego de cargos, pues la ley no le prohíbe al Fiscal que, como sujeto procesal, haga peticiones a favor del procesado, incluso solicitando su absolución, si así lo determinan objetivamente los medios de prueba que hayan sido acopiados e impongan una conclusión

diferente a la que motivó la acusación, siendo además de cabal certeza el grado de convicción sobre la responsabilidad penal que se exige para condenar -Cfr. Sentencias de casación del 6 de septiembre de 2001, Rdo. 17.167, M.P. Carlos E. Mejía Escobar; 17 de enero de 2002, Rdo. 12.106, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras-.

Luego, en el evento sub lite no es que no haya habido acusación, o que el Fiscal la hubiese retirado en razón de su postura absolutoria asumida en la vista pública. No, el Juzgador simplemente en su tarea de estimación probatoria, como Órgano imparcial, autónomo e independiente, y conforme con el principio de libre persuasión racional que impera en nuestro ordenamiento, con sujeción al debido proceso profirió el fallo al que había lugar, en la medida en que dirimió el conflicto aplicando el derecho al caso concreto, con respeto de los postulados constitucionales y de los preceptos rectores de la ley sustantiva penal, procesal penal y de garantía.

Como los planteamientos de los recurrentes extraordinarios carecen de la capacidad de demostración en cuanto a la necesidad de que la Corte intervenga en este asunto en procura de la garantía del debido proceso como aquéllos lo pretenden, porque de acuerdo con el esquema procesal aún vigente y bajo cuyo imperio se ritó la actuación censurada resulta imposible demostrar que se afectó la estructura lógica del proceso, la demanda de casación excepcional presentada a tal efecto debe ser inadmitida.

No obstante lo anterior, al vislumbrar la Sala por otro motivo diverso al planteado por los demandantes en sus correspondientes libelos, la posible violación del debido proceso por desconocimiento del principio de favorabilidad, en ejercicio de sus facultades oficiosas -Art. 216 del C. de P. Penal- la Corte dispondrá que se surta el traslado al Procurador Delegado para que emita el concepto pertinente.

En efecto, revocada por el Ad-Quem la sentencia absolutoria proferida por el A-quo a favor de los acusados, aquél dispuso la condena de éstos y como

consecuencia de su determinación, dada la naturaleza del delito por el que se les declaró penalmente responsables, les impuso como sanción principal, entre otras, pena de arresto.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E:

1º. INADMITIR las demandas de casación excepcional presentadas por los defensores de los procesados JOSÉ NAPOLEÓN VELÁSQUEZ TRIVIÑO y HÉCTOR HERNANDO MORENO GALINDO, de acuerdo con las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

2º. Correr traslado al Procurador Delegado por el lapso de veinte (20) días para que emita el concepto de que trata el artículo 213 de la Ley 600 de 2000, en los términos dejados expuestos en las consideraciones de la presente providencia.

Contra este auto NO procede recurso alguno.

Cúmplase.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Salvamento parcial de voto

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Salvamento de voto

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el acostumbrado respeto que me merecen las decisiones de la Sala, presento a continuación las razones de mi disenso con la determinación adoptada por la mayoría, pues considero que ella, al inadmitir las demandas de casación excepcional presentadas a nombre de los procesado para a la vez disponer un trámite que no está previsto en la ley con el fin de evaluar la posibilidad de casar de oficio la sentencia por una presunta vulneración de derechos fundamentales, rompe de tajo la estructura del proceso y desconoce los institutos que le están anejos.

En efecto, la casación, tal y como quedó concebida en las disposiciones que por razón de la inexequibilidad de la ley 553 de 2000 y las pertinentes de la ley 600 del mismo año, recobraron vigencia -decreto 2700 de 1991-, es un medio extraordinario de impugnación llamado a cumplir las finalidades constitucionales de la prevalencia del Estado Social de Derecho, el imperio de la ley, la realización del derecho sustancial y la unificación de la jurisprudencia nacional, según se desprende de lo preceptuado en el artículo 235-1 de la Carta Política, por lo que no puede confundírsele con los recursos de la vía ordinaria.

Igualmente, la casación como un juicio de legalidad que se emite sobre la sentencia, tampoco puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo.

La pretensión impugnativa en casación siempre tiene un objeto preciso y diferente al de las instancias; regido por causales específicas señaladas por la ley, con cargos que han de adecuarse a estas y que se deciden por una nueva sentencia. Por lo tanto, es diferente y diversa en objeto y contenido de la que se profirió por los falladores de primero y segundo grados en el proceso respectivo.

Ciertamente, esa configuración de la casación como recurso extraordinario no es campo vedado para que, reconociéndose el influjo que el proceso penal recibe de los principios y valores que emanan de la Carta Política, que para todos los efectos de la actividad estatal, incluida la jurisdiccional, estatuyó el modelo de Estado social y democrático de derecho para Colombia, la Corte también propenda por la salvaguarda de los derechos esenciales de las personas, la tutela del debido proceso, la prevalencia del derecho sustancial y la garantía del acceso a la administración de justicia, que tan caros resultaron en la decisión de cuyo contenido me aparto.

Pero alcanzar esos loables propósitos no justifica el empleo de cualquier medio, porque aún dentro de ese contexto toda función está sometida a muy precisos límites y se desarrolla con arreglo a determinadas competencias.

No cabe duda que el legislador y la jurisprudencia de esta Corte, de modo paulatino, han venido flexibilizando los rigores para acceder a la casación, ejemplo de lo cual es la introducción de institutos como la casación oficiosa y la excepcional, circunstancia que, sin embargo, no sustrae la naturaleza extraordinaria de este medio de impugnación.

También es cierto que la doctrina de la Corte venía entendiendo, hasta ahora, que para entrar a casar de oficio una sentencia debía mediar una demanda en forma, esto es, que hubiese superado el examen formal y, por ende, el trámite subsiguiente, el del traslado al Procurador Delegado, y que a pesar de desestimar sus fundamentos, por advertir la presencia evidente del quebranto a una garantía, se allanaba el camino al quiebre del

fallo. Un ejemplo de esa tendencia lo constituye un reciente pronunciamiento de la Sala:

“La Corte adquiere competencia para conocer de la casación, sólo a partir de la presentación de una demanda en debida forma y de la existencia de un interés jurídico para recurrir -artículo 213 de la ley 600 de 2000-, siendo ilegítima cualquier intervención suya sin el cumplimiento de dichos presupuestos, los cuales no pueden ser obviados con los enunciados genéricos de disposiciones constitucionales que la harían procedente.

“Aceptar -sin más- la tesis propuesta a partir de la prevalencia del derecho material, la vigencia de un orden justo como fin esencial del estado y del principio de preeminencia de las normas y valores constitucionales que irradian al universo jurídico interno, ni más ni menos sería desquiciar el ordenamiento jurídico cuya defensa se propugna, pues por esa vía cualquier sujeto procesal entendería encontrarse frente a una violación de sus garantías, que obligaría a la Corte a contrariar el orden que se quiere proteger y a desvirtuar la naturaleza de la casación que en nuestro medio es esencialmente un juicio de legalidad.

“Repárese en que la intervención oficiosa de la Corte, permitida por el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal para declarar nulidades requiere que la demanda, háyase o no invocado la causal tercera del artículo 207 no prospere, pero aún así se advierta la irregularidad sustancial a corregir, como quiera que la limita a tener en cuenta únicamente las causales ‘expresamente alegadas por el demandante’. Pero asimismo, prevé la posibilidad de casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma afecta las garantías fundamentales.” (Sentencia del 8 de julio de 2004, radicación 20.323. M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero).

Incluso, poco antes fue más allá y al constatar que respecto de un procesado que no

había recurrido la sentencia de primera instancia ni tampoco interpuso casación, se le habían vulnerado sus garantías fundamentales, hizo uso de la potestad de casación oficiosa consagrada en el artículo 216, pero de todos modos, después de haberse surtido la plenitud del trámite presupuesto de la sentencia de casación. (Cfr. sentencia del 12 de mayo de 2004, radicación 20.114. M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

Cabe decir que en tales ocasiones y en algunas otras en las cuales esta Corporación dio lugar a casar de oficio una sentencia, lo hizo con plena competencia, en ejercicio cabal de sus atribuciones que como Corte de Casación le confiere el artículo 235-1 de la Constitución y la ley.

Pero la singular solución que ahora se adoptó está por fuera del ámbito dentro del cual la Corte puede ejercer de manera legítima su atribución como Corte de Casación.

El Capítulo IX, del Título V del Código de Procedimiento Penal, dedicado a la casación, integrado con las normas del Decreto 2700 de 1991 que revivieron en virtud de la declaratoria de inexequibilidad de algunos preceptos de la Ley 553 de 2000, así como de la Ley 600 de ese año (sentencia C-252/01), atinentes al recurso extraordinario, conforman unidad secuencial, lógica y racional.

De esa forma, señala los eventos en los que procede la casación (artículo 205), fija las causales susceptibles de ser invocadas (artículo 207), prevé quiénes están legitimados para presentar la demanda (artículo 209), se ocupa del trámite que opera una vez interpuesto el recurso (artículos 224 del Decreto 2700 y 211 Ley 600), especifica los requisitos que debe contener el libelo (artículo 212), estatuye el efecto que se deriva de no superarse el examen formal de la demanda al momento de su calificación o lo que ocurre si está presentada en debida forma (artículo 213), establece el principio de limitación y la posibilidad de casación oficiosa (artículo 216), y traza los derroteros a seguir en caso de que la Corte acepte como demostrada alguna causal (artículo 217).

A despecho de que lo que sigue pueda llegar a ser tachado de puro formalismo, cabe destacar que en punto de la demanda de casación, la Corte tiene contacto en dos ocasiones: la primera, cuando la califica, esto es, al momento de verificar si satisface los condicionamientos para su admisibilidad; frente a esta oportunidad, puede ocurrir que la admita y que, en consecuencia, le de traslado al Procurador Delegado para que emita su opinión sobre el mérito del libelo; o, al contrario, puede suceder que por no reunir alguno de los requisitos legales que la hagan viable, la inadmita y, en consecuencia, ordene la devolución del expediente al tribunal de origen.

El otro momento se contrae al estudio de fondo del problema propuesto en la respectiva censura, si la demanda ha sido admitida y después de conocerse el criterio del Ministerio Público sobre el particular.

Si nos detenemos en el instante en que la Corte sopesa la capacidad formal de la demanda, cabe reflexionar sobre el efecto de la decisión que no la encuentra ajustada a las exigencias formales de ley. El canon 213 del Estatuto Adjetivo de manera clara establece que en tal caso se inadmite el escrito y se devuelve el expediente al despacho de origen.

¿Qué fenómeno se produce en tal situación? Que hasta allí llega el trámite de la casación y lo que tenía carácter suspensivo, esto es, la sentencia demandada, adquiere firmeza y, por tanto, el carácter de cosa juzgada.

Otro interrogante ¿puede la Corte conservar la competencia para examinar una sentencia o todo el proceso a pesar de que inadmitió una demanda de casación? No. La atribución que tiene como Corte de casación, conferida por el artículo 235-1 de la Carta Política, dirigida a cumplir las elevadas finalidades que traza el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, se desarrolla, de un lado, de conformidad con los fines y principios que inspiran la Constitución y, por otro, de acuerdo con los parámetros legales.

Siendo eso así, al prorrogar su injerencia –que no competencia- en el asunto, después de que ha inadmitido una demanda, ya no actúa como órgano de casación y mal podría, entonces, pretender corregir algún entuerto, por más protuberante que sea, por medio de una sentencia de casación, así se invoque la potestad oficiosa consagrada en el artículo 216.

Expresado de otro modo, en tal escenario la Corte ya no actúa de conformidad con la facultad que le difiere el artículo 235-1 constitucional y ni siquiera como una tercera instancia, sino como una corporación de plena jurisdicción, quizá a la manera del grado de consulta, el cual hoy no opera en el proceso penal, pero en todo caso la determinación que llegare a adoptar no tiene el carácter de sentencia –menos de una de casación- ni puede incidir en algo que ya ha tomado la fuerza de cosa juzgada material. Esto equivale a solucionar una evidente vía de hecho (fenómeno que tendría solución a través de otros mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico) –el supuesto desconocimiento del principio de favorabilidad-, con otra vía de hecho: una decisión sin competencia del órgano que la produce.

Lo que se acaba de señalar no significa que la Corte deba permanecer indiferente a hipótesis como la concretada en la sentencia a que se refiere la decisión de la que me aparto. En tales casos lo que se debe buscar es una solución que no acarree el rompimiento de las instituciones jurídico procesales, en orden a que prevalezca el derecho sustancial sobre lo formal y a salvaguardar las garantías de los sujetos procesales, en particular las debidas al procesado.

Por eso, nada se oponía a que, no obstante la ineptitud formal de la demanda y al detectarse de modo objetivo que la sentencia rompió con el orden jurídico y reportó agravios no reparables de otra manera en virtud de un yerro que no fue denunciado en ella, pero que constituye motivo de casación, fuesen salvados los defectos técnicos, se ajustara el libelo, se corriera traslado al Procurador Delegado y luego, ahora sí en

ejercicio de su natural competencia, la Corte entrase a hacer uso de la facultad de casar oficiosamente el fallo, luego de desestimar el contenido de la censura.

Lo anterior resulta menos exótico que la solución tomada en la providencia de la cual discrepo y que, ya no de lege ferenda, se aproxima a lo que entrará a regir en virtud de la Ley 906 de 2004, cuyo artículo 184, inciso 3º, establece que “En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo” (negrillas no originales).

En síntesis, como la Corte no tiene competencia para casar un fallo después de que por razones de forma inadmitió la demanda de casación, estimo que en esta oportunidad no ha debido inadmitir el libelo ni mucho menos, después de haberlo hecho, correr traslado al Procurador Delegado, porque ante esta última situación la Corporación perdió la facultad de obrar como Corte de casación.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

Fecha ut supra.

Salvamento parcial de voto

(Casación 23. 700)

He salvado parcialmente el voto porque no estoy de acuerdo con el traslado que se hace del asunto al Ministerio Público para que emita concepto.

En otras oportunidades he expuesto los motivos de mi disenso, que ahora reitero.

Decía:

1. Establecida la vulneración de un derecho o de una garantía, de inmediato el funcionario judicial tiene el deber de declararla, salvo en aquellos eventos en los cuales se admite la demanda de casación y se remite al Ministerio Público. Si la ruptura de los derechos es algo grave, y a plenitud la detecta el juez de casación, lo que debe hacer es decretar la lesión a ellos tan pronto recibe el proceso y se percata de ello.
2. No veo cómo pueda el Ministerio Público opinar frente a una demanda que no reúne los requisitos técnico-formales mínimos. No sé cómo podría hacerlo pues es la propia ley la que determina como requisito de procedibilidad para esa entidad la declaración de “admitida” o “ajustada” de la demanda. Basta leer la disposición correspondiente.
3. Oía en Sala que se hacía “para mayores garantías”. No veo por qué se hace con esa finalidad, si se tiene claro que ha existido desconocimiento de derechos. Con el traslado lo que se hace es lo contrario: prolongar aún más, sin razón, la ruptura de esos derechos.
4. La mayor garantía ciudadana frente a un eventual desconocimiento de derechos fundamentales es que conozca el asunto la Corte Suprema de Justicia pues esta, se afirma, es el máximo Organismo de la jurisdicción Ordinaria. Y con esto no se menosprecia al Ministerio Público. No. Simplemente se hacen las cosas como se deben hacer: si la Corte, tras inadmitir la demanda, observa una nítida violación de derechos y/o garantías, o una protuberante causal de nulidad, por el rango de su ejercicio, debe proceder de una vez a la declaración correspondiente.
5. Si la Corte inadmite la demanda y dispone el traslado al Ministerio Público, en estricto sentido ha perdido totalmente su competencia. Por consiguiente, cuando retorne el expediente a su seno, carece de potestad para hacer cualquier tipo de

pronunciamiento.

6. Si la Corte inadmite la demanda, su decisión queda ejecutoriada con la firma de los integrantes de la Sala de Casación Penal. Si se envía el asunto al Ministerio Público y luego -mañana, dentro de un mes, dentro de un año, o cuando sea- éste retorna las diligencias con su opinión, la Corte, ante la flagrante lesión de una garantía básica o de un derecho fundamental, no puede ocuparse del expediente, pues, se repite, su auto de inadmisión ya está ejecutoriado. Y no me cabe en la cabeza que con el traslado a la Procuraduría surja otra figura jurídica: suspensión de la ejecutoria mientras conceptúa el Ministerio Público y mientras la Corte vuelve a pronunciarse.

7. Si la Corte remite el expediente para concepto a la Procuraduría, esta opina y regresa el expediente a la Corte ¿qué sigue? Ensayemos:

7.1. Un auto que modifique la sentencia. Por principio, con un auto no puede ser variado un fallo de segunda instancia que ya ha sido ratificado con la inadmisión.

7.2. Que la Corte case la sentencia. Pero tiene que hacerlo por medio de una sentencia de casación, que no es posible sin el “ajuste” previo de la demanda de casación y sin el -ahí sí- concepto anterior del Ministerio Público, en cualquier sentido.

Ante este problema, pienso lo que siempre he pensado frente a los problemas: lo mejor es evitarlos.

8. La solución es muy sencilla:

8.1. El artículo 216 del Código de Procedimiento Penal establece el principio de limitación en casación: la Corte no puede tener en cuenta causales distintas de las

expresamente formuladas por el demandante. Sin embargo, agrega: Pero tratándose de nulidad o de violación ostensible de garantías sustanciales, debe casar de oficio.

8.2. La lectura del artículo permite ver dos hipótesis:

Una. Dictar fallo de casación luego de admitida la demanda y de obtenido el concepto de la Procuraduría, siempre ceñida a lo esgrimido por el recurrente.

Dos. Otra, por eso el pero, que permite a su vez dos hipótesis:

Primera. Dictar sentencia de casación de oficio, después de la declaración de “ajustada” de la demanda y de la recepción del concepto del Ministerio Público, más allá de lo planteado por el casacionista, por violación de derechos y garantías o por la percepción de una causal de nulidad.

Segunda. Dictar sentencia de casación, de oficio, sin limitación alguna pues la demanda habrá de ser inadmitida, por las mismas razones anteriores.

Por supuesto que esta interpretación puede ser discutible. Pero sin duda es la que más se ajusta al derecho sustancial, y es la que permite resolver más rápido sobre los derechos agraviados. La Corte, entonces, en vez de aumentar el tiempo de lesión de los derechos fundamentales, y de hacer giros que la Constitución y la ley prohíben, tiene que ocuparse directamente, de una vez, del tema.

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

31-3-2006