

Proceso No 24934

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 24

Bogotá D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil seis (2.006).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la investigación adelantada por la Fiscalía 31 Seccional de Santa Marta contra el doctor LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE, quien adquirió la condición de Senador de la República luego de proferirse en su favor preclusión de la instrucción, la cual fue apelada por el apoderado de la parte civil.

ANTECEDENTES

1. NELSON VIVES LACOUTURE denunció la comisión de los presuntos delitos de falsedad en documento privado y abuso de confianza, con base en los hechos resumidos por la Sala en decisión del 26 de marzo de 1.996, por medio de la cual se declaró incompetente para conocer de las diligencias cursadas en contra del Dr. LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE, de la siguiente manera:

“1). LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE, protocolizó en la escritura pública No. 2499 del 9 de julio de 1.993 de la Notaría Segunda de Santa Marta, el Acta No. 06

correspondiente a una supuesta reunión extraordinaria de la junta de socios de la Constructora El Rosal Ltda. celebrada el 12 de mayo de 1.993 en el piso 8º del Edificio Piosihueica de Santa Marta, acta que aparece suscrita por JOSE VIVES CAMPO como presidente y FRANCISCA MENDOZA CARABALLO como secretaria. Posteriormente dicha escritura fue registrada en la Cámara de Comercio de Santa Marta para que produjera sus efectos.

“2. En aquella acta se hizo constar la supuesta aprobación unánime de una reforma a los estatutos de la Constructora el Rosal Ltda., con el fin de aumentar su capital de 12 a 32 millones de pesos, distribuyéndose en 3.200 cuotas de \$10.000 cada una, las que se dice fueron pagadas en su integridad así:

a) PEVESCA LTDA.....1400 cuotas.....aporte: \$14.000.000

b) DICOVIL LTDA..... 1400 cuotas.....aporte:\$14.000.000

c) NELSONVIVES L.... 1400 cuotas....aportes:\$4.000.000

Total: 3.200 cuotas: Aportes: \$32.000.000.

“3) A consecuencia de esa modificación estatutaria, la participación del denunciante NELSON VIVES LACOUTURE en el capital de la Constructora el Rosal Ltda. se redujo de un \$33.33.% a un 12.5%, es decir, perdió un 20.83%, cuyo valor comercial estima en cifra superior a 120 millones de pesos.”.

“4. Posteriormente se elaboró el Acta No. 07 con fecha 27 de octubre de 1.993, correspondiente a una reunión extraordinaria de la junta de socios de la Constructora El Rosal Ltda., la cual aparece suscrita por LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE como presidente y ORFA ACEVEDO como secretaria. Según el denunciante esta acta también es ideológicamente falsa porque hace constar que todos los socios fueron

convocados para la reunión con la debida antelación, hecho que según NELSON VIVES LACAUTURE no es cierto al menos en su caso. No obstante la ineficacia que deviene de la falta de convocatoria por mandato del artículo 190 del C. de Co., dicha acta fue registrada en la Cámara de Comercio de Santa Marta para que produjera efectos jurídicos, lo cual, dice el denunciante, se incurrió en el delito de fraude procesal (art. 182 C.P.)”.

2. Luego de escuchar en indagatoria a LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE y a MARIA CRISTINA VIVES LACOUTURE, la “Fiscalía Séptima del Grupo Patrimonio Económico Unidad Especializada de Santa Marta”, se abstuvo de dictarles medida de aseguramiento precluyendo en su favor la investigación por atipicidad de las conductas atribuidas, en proveído del 18 de enero de 1.994.

Decisión revocada el 23 de junio de 1.994 por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil.

3. Tras la práctica de las pruebas ordenadas por el ad quem, nuevamente la fiscalía de primer grado, el 9 de noviembre de 1.994, precluyó la investigación a favor de LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE, MARIA CRISTINA VIVES LACOUTURE, FRANCISCA MERCEDES MENDOZA CABALLERO y JOSE VIVES CAMPIO, por atipicidad de las conductas.

Resolución también revocada por la fiscalía de segunda instancia, el 27 de junio de 1.995, al desatar la alzada interpuesta por el apoderado de la parte civil.

3. Una vez enterado el instructor de que el Dr. LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE estaba desempeñando el cargo de Senador de la República, el Ente Fiscal dispuso la compulsación de copias con destino a esta Sala, el 11 de agosto de 1.995.

Con providencia del 26 de marzo de 1.996, la Corte se declaró incompetente para asumir la investigación al encontrar que el Dr. VIVES LACOUTURE solo fue Senador entre el 1º

de agosto al 1º de septiembre de 1.995, y que las conductas a él endilgadas no guardaban conexión con las funciones que cumplió como congresista. Providencia que pese a no hacer parte del expediente fue consultada en la Relatoría de la Sala.

4. Por tercera vez, el 23 de enero de 1.996 la Fiscalía precluyó la instrucción a favor de LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE, MARIA CRISTINA VIVES LOCOUTURE, FRANCISCA MERCEDES MENDOZA CARABALLO y JOSE B. VIVES CAMPO.

Determinación que en esta ocasión fue confirmada por la Fiscalía de segunda instancia, el 13 de noviembre de 1.996, en lo que atañe a los no aforados y revocada en lo concerniente al congresista al considerar que la fiscalía no tenía competencia para adoptar esa decisión, por corresponder a esta Sala la investigación de los parlamentarios.

Fundamentó la atipicidad de las conductas en que el acta de la junta de socios del 12 de mayo de 1.993 debía ser apreciada con pleno valor porque los representantes de las tres sociedades que conformaban la Constructora El Rosal asistieron a la misma, sin que necesitaran convocatoria previa.

Aduce, que el denunciante además admitió haber asistido a la reunión, deduciendo que existió ánimo de constituirse en junta de socios sin que se les pueda derivar responsabilidad a los participantes, por estar actuando en representación legal.

Encontró que el acta se elaboró de acuerdo con las exigencias del Código de Comercio; estimando necesario que la jurisdicción civil dirima la controversia que sigue por este asunto, recordando que el régimen comercial prevé un procedimiento especial para impugnar los actos societarios.

En fin, asegura, las pruebas demuestran que la junta de socios efectivamente se realizó quedando sin ningún soporte la imputación de falsedad documental.

De otro lado, argumenta, tampoco puede hablarse de abuso de confianza por no liquidarse la sociedad, por lo que sus socios solo son dueños de sus aportes sin que sean propietarios de determinado bien, siendo la sociedad una persona jurídica diferente a cada uno de sus componentes.

5. El 23 de mayo de 2.006, luego de recibir el expediente procedente de la Sala, el fiscal instructor precluyó la instrucción a favor del Dr. LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE, apoyado en las mismas razones que le sirvieron de cimiento a la decisión del 13 de febrero de 1.996 revocada por la segunda instancia. Proveído que pese a ser apelado por la parte civil omitió en su momento conceder el recurso.

Confirmada la preclusión de la investigación a favor de los no aforados, en resolución del 13 de diciembre de 1.996, dispuso dar cumplimiento a la del 23 de mayo del mismo año preclusiva de la investigación a favor del ahora parlamentario ordenando el archivo, aduciendo su ejecutoria por la no interposición de recursos.

Por virtud de la presentación de algunos derechos de petición del denunciante desarchivó el expediente y con resolución del 31 de octubre de 2.005 concedió los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte civil en contra de las decisiones del 23 de enero y el 23 de mayo de 1.996, aduciendo en relación con la primera que el ad quem en su oportunidad no lo había desatado.

La Unidad de Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, por competencia remitió el expediente a esta Sala el 7 de diciembre de 2.005, sin resolver los recursos.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

2. De conformidad con las previsiones de los artículos 235 de la Carta Política y 75-7 de la ley 600 de 2.000, la Sala es competente para conocer del presente proceso como quiera

que se estableció que el sindicado, Dr. LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE fue elegido Senador de la República para el período constitucional 2.002-2006, pese a que en este instante esté disfrutando de licencia.

2. Ante todo, la Sala deja en claro que al realizar el estudio de la actuación concluyó que al recibir el expediente por competencia solo faltaba por desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil en contra de la preclusión de la instrucción del aforado, del 23 de mayo de 1.996, el que en su momento no fue concedido por el fiscal de primer grado haciéndolo tan solo el 31 de octubre de 2.005, movido por la presentación de varios derechos de petición por parte del denunciante.

No así la alzada presentada por el mismo sujeto procesal en contra de la preclusión del 13 de febrero de 1.996 a favor de todos los procesados incluido el ahora Senador, como lo manifestó el fiscal de primer grado, atendiendo a que ella fue resuelta cabalmente por el ad quem confirmando la relacionada con los no aforados y revocando la atinente al Senador justamente porque la competencia para investigar y juzgar a los miembros del Congreso de la República recae de manera privativa en esta Sala de la Corte.

3. Ahora bien, para la Corte es evidente la legalidad de la decisión recurrida ya que para ese momento la competencia para investigar al procesado la tenía la Fiscalía General de la Nación, debido a que no ostentaba la condición de congresista dado que fue elegido Senador en los dos últimos períodos constitucionales, es decir, a partir del año de 1.998..

Pues bien, como el procedimiento diseñado por el Código Procesal Penal para investigar y juzgar a los congresistas se desarrolla en única instancia debido a que siendo la Sala el órgano límite de la jurisdicción ordinaria del país carece de superior funcional; es claro que por respeto al debido proceso la actuación debe ajustarse a él, y como la apelación de la preclusión no puede ser conocida por la Corte por no ser el superior funcional del fiscal de

primer grado, ni tenerlo como reposición pues fue voluntad expresa del impugnante apelar, y la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta tampoco está legitimada para ello por cuanto de hacerlo soslayaría el juez natural; el camino legal a seguir es declararla ejecutoriada, disponiendo como consecuencia el archivo del expediente.

En casos similares la Sala se ha pronunciado en estos términos, expresando en auto del 29 de septiembre de 1.993, en el radicado No. 15.608, lo siguiente:

“8. La estructura del proceso colombiano impone esta decisión, pues una definición distinta del problema jurídico la desconocería.

“El derecho fundamental al debido proceso es un derecho que con fuerza constitucional abarca toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y está compuesto por las reglas que disciplinan las distintas etapas del rito, así como por la observancia de los principios que el constituyente y el legislador han definido como rectores de la actividad jurisdiccional en cada actuación específica.

“8.1. El fuero constitucional que ampara a los congresistas y que reserva exclusivamente a la Corte la competencia para investigarlos y juzgarlos es automático pues deviene de su mera posesión como miembros del Congreso. Asimismo, la competencia de la Corte para su investigación y juzgamiento es derivada en cuanto surge del hecho de la posesión y se mantiene después de su separación para aquéllos ilícitos asociados con la función.

“8.2. Pero ese fuero constitucional que ampara a los miembros del Congreso de la República cuando los mismos acceden al Parlamento, no puede originar el desconocimiento de las reglas ordinarias de investigación y juzgamiento que en cada caso particular rigieron mientras se carecía de la protección foral, al punto de limitar el alcance o la fuerza de las decisiones adoptadas por quienes en su momento actuaron con jurisdicción y

competencia en el asunto. Tal inobservancia desconocería las reglas del debido proceso que como derecho fundamental rige para todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas.....

“8.5. En tal situación, la Corte no puede hacer otra cosa que asumir el asunto en el estado en que lo encuentra y amoldarlo al rito que compone el debido proceso de los asuntos que aquí se tramitan, sin que pueda desconocer todos aquellos actos procesales que ocurrieron antes de su conocimiento, en tanto hayan sido adelantados con competencia.

“8.6. Tal forma de solución no desconoce que algunos actos procesales pueden no agotar su finalidad, como en este caso concreto la impugnación de la resolución inhibitoria, que aunque formulada como reposición y apelación, se impidió el desenvolvimiento del recurso de alzada, pero reconoce la plena vigencia del acto impugnado y le deja cumplir la finalidad para la que está destinado: definir la investigación previa.

Y, en decisión del 10 de septiembre de 2.002, en el radicado No. 19.798, por medio de la cual invalidó la resolución de acusación proferida por la Fiscalía en segunda instancia respecto de quien para ese instante ya era congresista, declaró con plenos efectos la preclusión de la instrucción adoptada por la Fiscalía de primer grado; expuso:

“De conformidad con lo dispuesto en los artículos 186 y 235-3 de la Carta Fundamental, es a la Sala Penal de la Corte a la que, de manera privativa, corresponde investigar y juzgar a los congresistas, en virtud del fuero constitucional que lo ampara, resulta imperativo declarar en este asunto, por razón del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, la nulidad de la resolución acusatoria que en segunda instancia profirió la Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Neiva, pues es claro que para la fecha en que ella se dictó, julio 26 de 2.002, ya (....), por posesión que del cargo tomó el 20 de julio, ostentaba la condición de Senador de la República, de modo que a partir de ésta, sólo

la Sala era la facultada para conocer de las diligencias que se siguieron en su contra.

“Esta declaratoria de invalidez sólo puede afectar la precisada decisión que en segunda instancia se profirió, no así la de preclusión que se adoptó en primera, pues ésta fue tomada por el funcionario competente para ese momento, por manera que obrando los efectos que le son propios, las diligencias habrán de archivarse, sin que pueda entenderse, por haber pasado el proceso a la Corte, y por ende quedar el recurso de apelación sin pronunciamiento, dada la exclusión jurídica de materia que así sobreviene, como el surgimiento de un nuevo vicio sino, por el contrario, según ya lo expresó la Sala en decisión del 17 de julio de 1.998, con ponencia de quien igual cometido cumple en este proceso, como el acondicionamiento de la actuación al debido proceso que desde ese momento le era aplicable, ya que implicando el trámite foral un juzgamiento en única instancia por parte del órgano límite de la jurisdicción ordinaria, es consecuencia jurídica irrefragable de este postulado que sus decisiones carecen de segunda instancia y la determinación que tomó la Fiscalía de primer grado adquirió la consiguiente firmeza de ejecutoria.

“El recurso de apelación interpuesto contra aquella decisión preclusiva proferida por la Fiscalía a quo, que en tales condiciones queda sin resolver, no puede interpretarse ahora, por las nuevas circunstancias procesales, como de reposición, pues ello, se dijo también en el antecedente citado, realmente es desconocer la naturaleza jurídica y fines que caracteriza a cada uno de estos recursos, como que mientras con el de reposición se persigue que sea el funcionario que profirió la decisión quien la revise, con el de apelación lo es respecto a su superior funcional, del cual como ya se expuso carece la Corte. Y si esta misma corporación ha admitido excepcionalmente que no obstante la literalidad expuesta por algún sujeto procesal frente a la interposición de un recurso pueda y deba comprenderse como otro, como sucede en aquellos casos en que el procesado por evidente desconocimiento jurídico apela de una sentencia de segunda instancia, eventos en los cuales se ha entendido que su inconformidad debe ubicarse en

el campo de la casación, lo ha sido teniendo en cuenta las especiales circunstancias que quien así lo ha hecho, ha procedido en ejercicio puro de su defensa material y ante un evidente y ostensible desconocimiento de la conceptualización jurídica que implica el tecnicismo exigible para que hubiese actuado en los términos que sacramentalmente le correspondía.

“Pero, como ciertamente la situación planteada en el proceso no se aviene a una tal excepción, resulta incuestionable que, por tramitarse este asunto en única instancia, la preclusión que dictó la fiscalía cuando entonces tenía competencia, ya debidamente ejecutoriada, surte los efectos que le son anejos y por razón de ellos se dispondrá el archivo de las diligencias”.

Así entonces, la Sala declarará ejecutoriada la resolución por medio de la cual la Fiscalía 31 Seccional de Santa Marta, el 23 de mayo de 1.996 precluyó la investigación a favor del aforado, y dispondrá el archivo del expediente.

Decisión que impide acceder a las peticiones recientemente hechas por el denunciante relativas a revocar los autos del 23 de enero y 23 de mayo de 1.996, dictar medida de aseguramiento y decretar la práctica de pruebas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia;

**RESUELVE**

**DECLARAR** que la resolución del 23 de mayo de 1.996, por medio de la cual la Fiscalía 31 Seccional de Santa Marta precluyó la investigación al Dr. LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE, quedó ejecutoriada.

En consecuencia, se ordena el archivo de la actuación.

Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

Notifíquese y cúmplase.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ    ALFREDO GOMEZ QUINTERO

EDGAR            LOMBANA TRUJILLO            ALVARO    O.    PEREZ PINZON

MARINA        PULIDO        DE BARON            JORGE L. QUINTERO MILANES

YESID            RAMIREZ BASTIDAS            JAVIER ZAPATA ORTIZ

Permiso

TERESA    RUIZ NUÑEZ

Secretaria