

Proceso No 30237

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado acta N° 041.

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009).

VISTOS

Surtido el trámite de insistencia ordenado en el auto de fecha 29 de octubre de 2008 en el cual se inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor de LUIS ALFREDO GUTIÉRREZ VIANCHA contra la sentencia del 8 de abril de 2008 proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga y sin que el interesado hubiese hecho uso del referido mecanismo, procede la Sala, de oficio, a examinar la posible vulneración de los derechos de la víctima, conforme se contempló en el auto inadmisorio del libelo.

HECHOS

Los resumió la Sala en la decisión del 29 de octubre de 2008 de la siguiente manera:

“El 13 de julio de 2007 el señor Orlando Remolina Silva, residente en el apartamento 302 del edificio “El Caney” situado en el perímetro urbano de Piedecuesta, se enteró por información del celador de dicho inmueble de nombre LUIS ALFREDO

GUTIÉRREZ VIANCHA que de su garaje personas desconocidas sacaron dos llantas de su propiedad. Al día siguiente el celador comentó al señor Remolina que quien se apoderó de dichos elementos exigía por su devolución la suma de \$500.000, dinero que, luego de varias negociaciones, fue rebajado a \$250.000, para cuya entrega se acordó el día 15 de julio en horas de la tarde, data en que GUTIÉRREZ VIANCHA acudió a recibir el dinero, siendo en ese momento capturado por las autoridades de policía judicial”.

## ACTUACIÓN PROCESAL

A solicitud de la fiscalía, el 16 de julio de 2007 el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Piedecuesta legalizó la captura de GUTIÉRREZ VIANCHA. Acto seguido el ente investigador le imputó los delitos de hurto agravado por la confianza y extorsión tentada. Luego el funcionario judicial, a solicitud también de la fiscalía, le profirió medida de aseguramiento de detención preventiva por los referidos punibles. Esta última decisión fue apelada por la defensa, pero el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga le impartió confirmación en providencia del 8 de agosto de 2007.

Presentado el escrito de acusación, el Juez Primero Promiscuo Municipal de Piedecuesta celebró el 28 de agosto del precitado año la respectiva audiencia, en cuyo desarrollo la fiscalía atribuyó al procesado las conductas ilícitas de hurto agravado y extorsión en grado de tentativa. El acusado aceptó cargos por el primero de esos comportamientos punibles, por cuya razón el funcionario judicial ordenó la ruptura de la unidad procesal, continuando el juzgamiento en relación con la extorsión y es así como celebró la audiencia preparatoria el 10 de septiembre de 2007.

El juicio oral lo llevó a cabo el 18 de octubre siguiente, a cuyo término anunció el sentido del fallo, precisando que sería de carácter absolutorio.

Efectivamente, el 7 de noviembre de 2007 absolvió a LUIS ALFREDO GUTIÉRREZ VIANCHA respecto del delito de extorsión tentada. Contra el fallo de primera instancia se

alzó en apelación la fiscalía, cuya decisión correspondió al Tribunal Superior de Bucaramanga, Corporación que revocó la absolución y condenó al acusado, a quien le impuso las penas principales de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión y multa en cuantía de 250 salarios mínimos legales mensuales, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término fijado para la sanción privativa de libertad, como autor del delito de extorsión cometido en grado de tentativa.

Atendido el sentido de la decisión de segunda instancia, la defensa acudió al recurso extraordinario de casación que sustentó oportunamente. Como se señaló en el acápite inicial, la Corte inadmitió la demanda mediante auto del 29 de octubre de 2008, pero al evidenciar la posible vulneración de los derechos de la víctima, ordenó que una vez se surtiera el trámite de insistencia regresara la actuación al despacho de la Magistrada ponente para proveer sobre el particular.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como quedó reseñado en el acápite precedente, LUIS ALFREDO GUTIÉRREZ VIANCHA obtuvo en primera instancia sentencia absolutoria, pronunciamiento que, sin embargo, al desatar la apelación interpuesta por el ente acusador, fue mudado por el Tribunal Superior de Bucaramanga para convertirlo en fallo condenatorio.

La Sala, al inadmitir la demanda de casación instaurada por la defensa contra la decisión de segunda instancia, advirtió la posible vulneración de los derechos de la víctima por no darse trámite al incidente de reparación, omisión constitutiva de nulidad procesal, según el criterio que viene exponiendo la Corte, conforme al cual es deber del Tribunal, antes de revocar la absolución y proferir el fallo condenatorio de reemplazo, anunciar el sentido de su pronunciamiento con el fin de que la víctima

tenga oportunidad de proponer dicho incidente dentro de los treinta (30) días siguientes, para luego sí dar lectura a la sentencia correspondiente.

De acuerdo con dicha postura jurisprudencial, expuesta en la sentencia de casación del 28 de mayo de 2008<sup>1</sup> con fundamento en los criterios fijados en el fallo de tutela del 7 de diciembre de 2005<sup>2</sup>, si la víctima promueve el incidente de reparación el ad quem debe enviar la actuación a sede de primera instancia para que adelante el respectivo trámite, concluido el cual la devolverá a efectos de que el Tribunal incorpore lo decidido a la sentencia condenatoria que entonces emita.

Un nuevo examen de la anterior temática lleva a la Sala ahora a proponer una solución jurídica distinta a la planteada en las decisiones remembradas, por avenirse la nueva interpretación de manera más precisa a las normas que integran el modelo de enjuiciamiento penal actualmente vigente y ajustarse además con mayor estrictez a los criterios moduladores de la actividad procesal consagrados en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, conforme al cual “en el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”.

Resulta indiscutible que la víctima como titular de los derechos a la verdad, justicia y reparación está legitimada para intervenir dentro de la actuación penal en orden a hacer efectivos esos postulados. Y, ciertamente, el incidente de reparación constituye una invaluable herramienta con miras a lograr tal propósito, de manera que la víctima no sólo tiene derecho a intervenir durante su trámite sino a proponerlo, para lo cual debe contar con un espacio procesal sin el cual sus derechos se tornarían ilusorios.

La Ley 906 de 2004, contrario a lo que acontece en el evento de proferirse fallo

condenatorio en primera instancia luego de celebrado el respectivo juicio oral<sup>3</sup>, no establece el mencionado hito procesal cuando en sede de segunda instancia se revoca el fallo absolutorio proferido por el a quo y, en su reemplazo, el Tribunal emite sentencia de condena. Por eso la Sala, llenando ese vacío, consideró que para posibilitar la presentación del incidente de reparación el Tribunal debe previamente anunciar el sentido de la decisión y luego fijar fecha para proferir el respectivo fallo, incurriendo en nulidad procesal el ad quem que pretermita esa ritualidad.

Estima ahora la Corte que la nulidad, en ese caso, se convierte en un remedio demasiado excesivo que no consulta a cabalidad los criterios moduladores de la actividad procesal, especialmente los de necesidad, ponderación y legalidad, pues si la actuación se ha adelantado con sujeción a la regulación procedimental establecida en el ordenamiento jurídico y al amparo de ello el procesado, en justa contienda jurídico-probatoria, ha sido vencido en juicio, emerge desproporcionado que se invalide la ritualidad para dar paso a un trámite de carácter subsidiario al penal como lo es el relacionado con los perjuicios, con los riesgos para los intereses de la propia víctima que ello acarrea.

En efecto, si bien, como se dijo, la víctima ostenta el derecho inalienable de intervenir en el proceso penal, tal participación sólo se hace posible si existe una actuación de esa naturaleza; además, la consiguiente reclamación pecuniaria únicamente será factible si la actuación culmina con sentencia condenatoria. Sobre el carácter subsidiario o accesorio de la acción civil con respecto a la penal la Sala se ha pronunciado en múltiples ocasiones. Así, en decisión del 15 de diciembre de 2003<sup>4</sup>, ratificada en el auto del 31 de marzo de 2004<sup>5</sup>, sostuvo lo siguiente:

“Extinguida la acción penal, las autoridades penales pierden toda competencia para continuar conociendo y resolver lo atinente a la responsabilidad civil derivada de los perjuicios ocasionados con los delitos, dado el carácter subsidiario de la acción civil en el

proceso penal, la cual requiere como presupuesto procesal que en el proceso penal se declare la responsabilidad del procesado por el reato del cual se derivan los perjuicios reclamados”<sup>6</sup>.

Por lo anterior, no resulta lógico que el aspecto penal quede subordinado a la acción civil, sacrificando lo actuado con el único objetivo de viabilizar la reclamación indemnizatoria, cuando, como se verá más adelante, bien puede acudir a otro remedio con igual o mayor eficacia que perfectamente garantiza los derechos de la víctima.

La solución de anular la actuación puede conducir eventualmente a que, al final, los derechos de la víctima sean burlados. Porque con esa orden el proceso se retrotrae jurídicamente a un estado en el cual no existe sentencia, razón por la cual imperioso es para el ad quem rehacer la actuación desde ese momento. Pero piénsese que, leídos nuevamente los registros contentivos de las pruebas y la argumentación oral de las partes expuestas tanto en primera como en segunda instancia, el Tribunal cambie de opinión y decida entonces confirmar el fallo absolutorio. Tal resultado, con mayor riesgo de ocurrir, es posible que se dé si hay cambio de alguno o varios de los miembros de la respectiva Sala de decisión.

Si bien en la sentencia del 28 de mayo último se quiso salvar esa contingencia señalando que el ad quem sólo quedaba autorizado para pronunciarse sobre lo relacionado con la reparación a las víctimas, “pues en punto a la sentencia, la alzada ya ha sido resuelta”, lo cierto es que no se tuvo en cuenta que la actuación se invalida desde, inclusive, el proferimiento del fallo, de suerte que el Tribunal queda facultado para decidir sobre todos los extremos de la litis según su saber leer y entender. Recuérdese a este respecto el perentorio mandato contenido en el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 270 de 2006 (Estatutaria de la Administración de Justicia), conforme al cual:

“Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerles las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”.

Otra situación negativa para la víctima es la posibilidad de que se presente el fenómeno de la prescripción de la acción penal, porque al dejarse sin valor la sentencia de segunda instancia desaparece de inmediato la suspensión regulada en el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, norma según la cual:

“Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años”.

Y si tal eventualidad sucede, es decir, si desaparece la suspensión del lapso prescriptivo, obligado se tornará reanudar la contabilización del término que para la ocurrencia de ese fenómeno una vez se efectúa la formulación de la imputación establece el inciso segundo del artículo 292 de la codificación procesal penal en cita, que en caso de delitos sancionados con penas menores podría ser el exiguo lapso de tres (3) años, pues de acuerdo con dicha disposición, formulada la imputación el término de prescripción comenzará de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, sin que pueda ser inferior a tres (3) años.

De modo, pues, que so pretexto de pretenderse garantizar los derechos de las víctimas, sus intereses pueden verse afectados si se invalida la actuación con el único y exclusivo objetivo de dar paso al incidente de reparación.

Por eso, considera la Sala que es necesario ofrecer una solución distinta a la dada hasta este momento cuando en sede de segunda instancia se emite sentencia de condena. Tal salida consiste en abrir la oportunidad de promover el incidente de reparación integral con posterioridad a la ejecutoria del fallo. Esta no es ni mucho menos

una solución exótica, pues obsérvese cómo la misma fue propuesta por la comisión redactora<sup>7</sup> del proyecto con fundamento en el cual se adelantaron los debates en el Congreso de la República que culminaron con la aprobación de la Ley 906 de 2004.

En efecto, el artículo 109 del referido proyecto tenía el siguiente texto:

“Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. En firme la decisión de primera instancia, o proferida la de segundo grado que declare la responsabilidad penal y, previa solicitud expresa de la víctima, o en su defecto del fiscal o del Ministerio Público, el juez fallador abrirá el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los quince (15) días siguientes”.

El artículo 113 del proyecto en mención, a su turno, establecía caducidad de seis (6) meses, contados a partir de la firmeza de la sentencia, para promover el incidente. Esta norma era del siguiente texto:

“Caducidad. La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca a los seis (6) meses de haber adquirido el carácter de firme la decisión que declaró la responsabilidad penal.

Según comentó el comisionado JULIO ANDRÉS SAMPEDRO, la fórmula estaba a tono con la normatividad alemana donde se estableció para hacer más viable un sistema de justicia alternativa. Así quedó registrado en el acta No. 007 celebrada el 28 de febrero de 2003, como se aprecia a continuación:

“Señaló el doctor Sampedro que en el proyecto de cuerpo normativo la novedad es que



el fiscal aparece como el “abogado” de las víctimas en la parte de investigación, con la posibilidad de conformarse como sujeto procesal formal en la etapa del juicio. Una vez proferida la sentencia condenatoria se puede tramitar un incidente de reparación integral, esto es, la posibilidad de incluir la reparación como una tercera vía de las sanciones penales al estilo alemán; esto permitiría hacer más viable un sistema de justicia alternativa”<sup>8</sup> (las subrayas son de la Sala).

Aun cuando la referida propuesta fue aprobada, con algunas modificaciones, en el primer debate suscitado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes<sup>9</sup>, lo cierto es que la misma se cambió por la finalmente aprobada por el Congreso, con fundamento en la ponencia presentada para segundo debate en la propia Cámara de Representantes, aunque sin darse mayores razones para la realización de tal modificación<sup>10</sup>

Sea como fuere, advierte la Sala que el recientemente expedido Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) autoriza en su artículo 197 adelantar el incidente de reparación con posterioridad a la ejecutoria del fallo. En efecto, expresa así el mencionado artículo:

“INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL EN LOS PROCESOS EN QUE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES SON VÍCTIMAS. En los procesos penales en que se juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente, el incidente de reparación integral de perjuicios se iniciará de oficio si los padres, representantes legales o el defensor de Familia no lo hubieren solicitado dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia”.

La norma, es cierto, opera en los procesos penales que se adelantan contra mayores de edad que cometan delitos en los cuales sean víctimas niños, niñas o adolescentes. Sin embargo, este ejemplo ratifica la consistencia de la solución aquí propuesta, pues significa que para el legislador no es ni mucho menos absurdo o descabellado promover el incidente de reparación integral después de la ejecutoria del fallo condenatorio.

Más aún, esa disposición del Código de la Infancia y Adolescencia indica la intención del hacedor de las leyes de abandonar progresivamente la rígida regulación conforme a la cual la indemnización pecuniaria debe reclamarse en el curso del proceso, como ocurre en la Ley 600 de 2000 y en la Ley 906 de 2004, en el primer caso durante cualquier momento de la actuación y en el segundo restringido al instante a partir del cual se anuncia el sentido del fallo, para pasar a la flexible fórmula establecida en Alemania y en países latinoamericanos como Paraguay y Venezuela, según lo ya visto, de permitir que ello ocurra aún con posterioridad a la firmeza de la sentencia, con lo cual, por lo demás, se garantiza que el aspecto principal del proceso penal se debata sin las distracciones surgidas por las disputas que son comunes cuando se trata de determinar el monto de los perjuicios.

Interpretación con la cual, por lo demás, no se sacrifican los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, pues éstas continúan con la facultad de intervenir, dentro de los límites establecidos por la ley y la jurisprudencia constitucional, en el curso del proceso para propender por la declaratoria de responsabilidad del autor de la infracción penal, que le sirva de fundamento para obtener, en el momento procesal oportuno, la determinación de los perjuicios causados con el delito.

El hecho de que la decisión definitiva del incidente de reparación adquiera la naturaleza de auto no es obstáculo para prohiar la solución aquí propuesta, pues es la propia normatividad procesal penal (art. 181.4 Ley 906 de 2004) la que consagra la posibilidad de acudir a la casación cuando se trata de atacar lo relacionado con la

reparación integral decretada en la providencia definitiva del incidente. Es decir, se trata de un caso excepcionalísimo en el cual procede la casación contra un auto, cuyo proferimiento en segunda instancia, desde luego, para posibilitar la interposición del recurso (consagrado por la ley de manera expresa, se insiste) corresponderá siempre al respectivo Tribunal, así la decisión de primer grado la emita un juez penal municipal cuando se trata de un asunto de su competencia (art. 37 de la Ley 906 de 2004).

A la factibilidad de adelantar el incidente de reparación después de la ejecutoria del fallo se suele oponer el argumento consistente en que, en esas condiciones, no hay claridad de cuándo se interrumpe la prescripción de la acción penal, es decir, si cuando se produce la firmeza de la sentencia o cuando se resuelve el incidente o transcurre el lapso establecido para el efecto sin promoverse dicho trámite.

Tal argumento resulta infundado, pues si el tema objeto de discusión es determinar en qué momento se interrumpe la prescripción de la acción penal, es evidente que la respuesta no puede ser otra diferente a la de que ello ocurrirá en el instante en el cual queda definida la situación penal, es decir, cuando cobra ejecutoria la sentencia declaratoria de la responsabilidad de esa naturaleza.

No puede ser cuando se define el incidente, en primer lugar, porque en él se controvierte un aspecto accesorio que no tiene por qué afectar el trámite de lo principal. Y, en segundo lugar, porque la activación del incidente pasa a regularse por normas propias de la materia allí discutida como la caducidad, que se convierte en sanción para quien no lo promueva o lo promueve extemporáneamente.

Ahora bien, el término de caducidad no puede ser otro diverso al de treinta (30) días, pues es el lapso que consulta la voluntad del legislador expresada, de una parte, en la Ley 906 de 2004 cuando determinó la caducidad para la activación del incidente de

reparación en el caso de los procesos que culminan, previa celebración del respectivo juicio oral, con sentencia condenatoria en primera instancia; y de la otra, en el artículo 197 del Código de la Infancia y Adolescencia, cuyo término de treinta (30) días fue fijado, según se expresó en la ponencia para primer debate suscitado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, precisamente, con el fin de concordarlo con el establecido “para la caducidad de la solicitud de reparación integral dispuesto en el artículo 106 de la Ley 906 de 2004”<sup>11</sup>.

Es de anotar que, por ser aplicables los mismos fundamentos jurídicos aquí analizados, la víctima también tiene la posibilidad de promover el incidente de reparación con posterioridad a la ejecutoria del fallo condenatorio cuando éste se obtenga mediante las figuras de terminación anticipada de allanamiento o preacuerdo y el juzgador de primer grado no haya dado la oportunidad de su interposición dentro de los hitos a los cuales se refirió la Corte en la sentencia de tutela del 7 de diciembre de 2005<sup>12</sup>

, es decir, en el primer caso, dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo por parte del juez del proceso y, en el segundo evento, dentro de ese mismo término contado a partir de la aprobación por el juez del respectivo acuerdo.

La solución de la nulidad en esas eventualidades, igualmente, resulta incompatible con los criterios moduladores de la actividad procesal a que se hizo referencia atrás. Por las anteriores razones, se recoge expresamente la postura expresada en los radicados 22920 de 2005, 29542 de 2008, 30267 de 2008 y 29484 de 2008, entre otros.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 8 de abril de 2008 y dispondrá que, en firme esta sentencia o dentro de los treinta (30) días siguientes, la víctima por sí o a través de la Fiscalía o del Ministerio Público podrá promover el incidente de reparación integral ante el juez de primera instancia.

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

Primero. NO CASAR la sentencia de origen y data reseñados en el presente fallo.

Segundo. DISPONER que, en firme la presente sentencia o dentro de los treinta (30) días siguientes, la víctima por sí o a través de la Fiscalía o del Ministerio Público podrá promover el incidente de reparación integral ante el juez de primera instancia.

Notifíquese y cúmplase.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aclaración de voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Salvamento de voto

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS  
QUINTERO MILANÉS

Salvamento de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

## ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que siempre profeso por las decisiones de la Sala, y si bien comparto la decisión en su fondo, dado que no se declaró la nulidad para permitir la realización del incidente de reparación integral obviado por la segunda instancia, estimo necesario hacer unas cuantas precisiones respecto de varias afirmaciones que se efectúan en el proyecto aprobado, por entender que no se avienen con la sistemática acusatoria regulada en la Ley 906 de 2004.

A este efecto, considero bastante problemático confundir lo que sucede en primera instancia, en punto del incidente de reparación integral, con la solución que se propone cuando en segunda instancia o casación, cabe agregar, se revoca la sentencia absolutoria para proceder a la condena del procesado.

Ello, por cuanto, debe precisarse, el legislador claramente estableció un trámite y términos precisos para desarrollar el incidente en mención cuando la decisión es condenatoria en la primera instancia, sin que por vía jurisprudencial sea necesario cubrir o superar lo que la ley expresamente menciona.

Sobre el particular, el Capítulo IV del Título II de la Ley 906 de 2004, regula lo concerniente al incidente de reparación integral, estableciendo como hito central de su postulación, el anuncio del sentido del fallo condenatorio por parte del juez de primera instancia, ya que el artículo 106 delimita como término de caducidad el de 30 días, contados a partir del anuncio en cuestión.

En los casos de terminación anticipada por el camino del allanamiento a cargos o de lo preacuerdos, también se despeja necesario ese término de caducidad, que comienza a contar, para el primer caso, cuando el juez de conocimiento recibe la carpeta para la

emisión del fallo; y en el segundo, al momento de aprobar el acuerdo, como ya se dejó sentado en la decisión de tutela traída a colación en el fallo que ahora se aclara<sup>13</sup>.

Y ello es natural, debe agregarse, porque claramente la Ley 906 de 2004 estableció que en los casos de condena emitida en primera instancia, el incidente de reparación integral ha de operar con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia. Incluso, antes de que se profiera formalmente la misma.

No se entiende por qué, en estas condiciones, sin mayores precisiones argumentales se dice en el fallo de casación que en los eventos en los cuales se ha terminado extraordinariamente el proceso por virtud de acuerdos o allanamiento a cargos, cuando el juez de primera instancia no ha dado oportunidad a la interposición del incidente de reparación integral, este puede solicitarse por la víctima luego de la ejecutoria del fallo.

Si así se hace, no me cabe duda, se viola el debido proceso de manera flagrante, pues, reitero, el legislador ya estableció perentoriamente, para la primera instancia, unos términos de caducidad que no pueden ser ampliados o modificados por el funcionario judicial.

Y si bien, lo deseable es que el incidente de reparación integral opere para todos los casos con posterioridad a la ejecutoria del fallo –y así se solucionan muchas de las cuestiones problemáticas que ahora se detectan, entre ellas esa posibilidad de que los ingentes recursos destinados al desarrollo del incidente terminen siendo inanes si en segunda instancia se revoca el fallo y absuelve al procesado-, frente a lo cual se hace imperiosa una reforma legal que haga valer esa postura inicial del proyecto de ley, no puede soslayarse que al presente la normatividad penal define esos plazos de caducidad insoslayables, razón por la cual, si el juez pasa por alto, en los casos de allanamientos y acuerdos, y desde luego, cuando se trata de fallo condenatorio ordinario de primera

instancia, permitir el pronunciamiento de la víctima en pro de sus deseos reparatorios, la única solución es la nulidad.

Asunto diferente, ha de resaltarse, es el referido al pronunciamiento de segunda instancia, o el fallo de casación, en los cuales se revoca la sentencia absolutoria, pues, respecto de esta hipótesis la Ley 906 de 2004 no consagra la obligación de adelantar, previo a la decisión formal, el incidente de reparación integral.

Y no es, estimo, que el legislador haya pasado por alto el asunto y sea menester encontrar un mecanismo adecuado similar al existente en primera instancia, como originalmente lo planteó la Sala en la posición que ahora se recoge, sino que simplemente, precisamente por las dificultades anejas a ello, se entendió mejor dejar de lado esa tabulación de la pretensión indemnizatoria, previo a la ejecutoria del fallo, cuando se trata de condenas de segunda instancia o en sede de casación.

Basta verificar el trámite contemplado en la ley respecto de la segunda instancia de los fallos y el mecanismo extraordinario de casación, para advertir que no existe ninguna posibilidad de retrotraer el asunto al juzgador de primer grado a fin de que adelante el incidente de reparación integral, mucho menos a través del mecanismo de suspender en la práctica el procedimiento, para lo cual se hace necesario dejar de lado los términos legales, quebrantando de manera ostensible el debido proceso.

Ya el fallo objeto de aclaración señaló ampliamente las dificultades de todo orden que comporta la anterior solución, por lo cual, para no incurrir en farragosas reiteraciones, a esas motivaciones me remito.

He de precisar, eso sí, para evitar confusiones o interpretaciones sesgadas, que lo decidido por la mayoría, desde luego compartido íntegramente por mí, es que en todos los casos en los cuales la segunda instancia o el fallo de casación revocan la sentencia absolutoria, se hace necesario esperar la ejecutoria del fallo para que pueda adelantarse el



incidente de reparación integral, cuya postulación por el interesado caduca treinta días después.

Entonces, no es posible, y por ello se supera la postura anterior de la Corte, que en esos casos puntuales se haga algún tipo de “anuncio” del sentido del fallo por parte de la segunda instancia, únicamente establecido por la Ley 906 de 2004 para la decisión de primer grado, ni mucho menos que se devuelva la carpeta a la espera de la posible solicitud y trámite del incidente de reparación integral.

De otra parte, considero que del hecho de que el incidente de reparación integral se adelante después de la ejecutoria de la sentencia no se sigue, como se postula en el fallo, que la decisión resolutoria del mismo adquiera la naturaleza de auto.

Si es evidente que el trámite del incidente de reparación integral, consagrado en el Capítulo IV, del Título II, de la Ley 906 de 2004, representa un verdadero pronunciamiento de fondo respecto de la responsabilidad civil y el monto, o mejor, forma de reparación, para lo cual se establece un procedimiento claramente formalizado en el que se tabulan pretensiones concretas y respecto de ellas se presentan pruebas y argumentos, hasta culminar con la decisión que pone fin a la controversia, apenas es dable concluir que lo dicho por el juez no comporta un simple auto interlocutorio, sino una verdadera sentencia judicial.

En este sentido, no puede olvidarse que en última instancia el incidente en cuestión representa la decisión de las víctimas de buscar que el mismo juez encargado de verificar la responsabilidad penal, examine la civil, con plenas facultades y dentro de un trámite que suple, o debe suplir, aquel adelantado ante la jurisdicción civil.

De esta forma, si la tabulación de la pretensión civil ante esa jurisdicción representa un pronunciamiento de fondo transmutado en sentencia, nada permite concluir que en sede del proceso penal la decisión que pone fin al litigio reparatorio, comporte naturaleza

demediada de auto.

Por este mismo camino argumental, si en los casos en los cuales se adelanta el incidente de reparación integral con anterioridad al proferimiento formal de la sentencia penal, integrándose la decisión al fallo, nadie duda de que ese pronunciamiento puntual acerca de los perjuicios constituye una verdadera sentencia por sí misma, tanto que sobre tan específico aspecto no puede interponerse recurso de reposición pero sí acudir a la casación, no se observa razón valedera para que ahora operando independiente la manifestación judicial que resuelve la controversia, deba entenderse auto y no sentencia.

Ahora, del hecho de que el artículo 181-4, de la Ley 906 de 2004, contemple la posibilidad de interponer recurso de casación contra lo decidido en relación con la reparación integral, no puede deducirse, como al parecer lo hace la providencia, que esa decisión es o puede entenderse un simple auto.

Porque, es menester precisar, ello además genera una enorme dificultad en torno de esa posibilidad de recurrir al mecanismo extraordinario de impugnación, si se toma en cuenta que, precisamente, al inicio de la norma en mención se señala que el recurso procede “contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos...”.

Si se tratase, acorde con lo señalado en el fallo de casación, de un auto la providencia que resuelve el incidente de reparación por fuera de la sentencia penal, en principio resulta bastante problemático argumentar en pro de la posibilidad de acudir al mecanismo casacional, dada la evidente limitación contemplada en el artículo 181 arriba citado.

Y el asunto desborda ya los límites de la simple interpretación cuando, para soportar la posibilidad de interponer recurso de casación, se dice en la providencia que ese auto,

aún si es proferido por un Juez Penal Municipal, es susceptible de apelación no ante el Juez Penal del Circuito, como expresamente lo señala la ley (ordinal 1°, artículo 36 de la Ley 906 de 2004), sino del correspondiente Tribunal, pasando por alto que respecto de este cuerpo colegiado sólo se permite competencia para resolver respecto de sentencias proferidas por los Jueces Penales Municipales (ordinal 1°, artículo 34 de la Ley 906 de 2004).

Desde luego que esa afirmación contenida en el fallo que aclaro, invade órbitas propias del ámbito de configuración del legislador e instaura, por la vía del simple principio de autoridad, un trámite y competencia completamente ajenos a los consagrados en la ley, por lo demás, de manera absolutamente innecesaria, pues, nunca el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 exige que ese fallo de segunda instancia, para que sea pasible del recurso de casación, haya sido proferido por un Tribunal.

Entonces, resulta cuando menos paradójico que la exigencia fuerte de la norma -facultar la casación sólo para sentencias- sea soslayada sin mayor sustentación, al tanto que se problematiza en extremo un inexistente requisito -que la decisión de segunda instancia provenga de un Tribunal-.

No conozco, sobre el tema, ningún antecedente jurisprudencial que permita interponer el recurso de casación respecto de autos, y no creo que este sea el momento para que así ocurra, cuando los argumentos que respaldan esa posición, lo digo con todo respeto, son bastante precarios.

Basta, para respaldar mi posición, remitir a lo expresado por la Corte desde antaño, reiterado en reciente jurisprudencia<sup>14</sup>:

“Desde la vigencia de Ley 61 de 1886, que desarrolló el postulado constitucional sobre las funciones de la Corte, el recurso extraordinario de casación, en el artículo 37 de la misma obra instrumental, consagró que ‘la Corte Suprema como Tribunal del

Casación... conocerá en lo criminal de las sentencias que se pronuncien por la comisión de delitos designados en el artículo 29 de la Constitución nacional...'; hasta hoy, cuando la Ley 600 de 2000, precepto 205 ordena que 'la casación procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia...'; y, no sobra advertir que, la Ley 906 de 2004, dispone en el artículo 181 que 'el recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia...'; inclusive, el Decreto 2.700 de 1991, 219 al enseñar que los fines de la casación, entre otros, son '(...) la reparación de los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida' o el 220 de la misma normatividad, 'cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial'. (Subrayados fuera de textos)."

Además, para que no quepa duda respecto de la imposibilidad de que los autos permitan el recurso extraordinario de casación, hace poco afirmó la Sala<sup>15</sup>:

"En cuanto al segundo punto planteado por el apoderado de la parte civil, es decir, que el recurso de casación no procede contra autos interlocutorios, motivo por el cual en este caso no es viable la impugnación extraordinaria, es un argumento jurídico que tiene vocación de éxito.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha sido clara y reiterativa en indicar que la naturaleza interlocutoria de una decisión, sea que se adopte en forma separada o en el cuerpo de una sentencia de instancia, impide que en su contra pueda plantearse censura alguna en sede de casación, pues el recurso extraordinario solamente procede contra sentencias, específicamente contra fallos de segunda instancia, según así lo establece el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), norma aplicable a este caso.<sup>16</sup>

Al respecto, en providencia del 3 de julio de 1996, la Sala dijo:

'Es frecuente, ha dicho la Corte, que por razones de economía procesal, se incluya dentro

de una misma providencia decisiones de carácter distinto, como ocurre cuando en un proveído interlocutorio se ordenan pruebas, o cuando en una sentencia de instancia se decretan nulidades o se declara la extinción de la acción penal por un delito o respecto de uno de los procesados, sin que ello traduzca modificación de la naturaleza jurídica de la decisión de menor entidad, la cual continúa definiéndose por su contenido, conforme a la clasificación que de las providencias judiciales trae el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

Dicho carácter impide que en su contra pueda plantearse censura alguna en sede de casación, pues este recurso extraordinario solamente procede contra sentencia, específicamente contra sentencia de segunda instancia'.<sup>17</sup>

Mediante providencia del 30 de junio de 1999, la Sala nuevamente se refirió sobre el tema, así:

‘El hecho de que en el mismo proveído formalmente entendido se haya decidido el objeto final de la acción penal profiriéndose el fallo respectivo respecto de los acusados y, asimismo, declarado la nulidad de lo actuado en relación con el delito de rebelión, esto no está significando que analizado el acto desde el punto de vista del contenido su naturaleza permanezca igual para las dos clases de decisiones tomadas, pues la que declara la invalidez en ningún momento puede equipararse a un fallo, sólo se trata de una decisión motivada de carácter interlocutorio que si bien resuelve un aspecto sustancial del proceso como es su propia legalidad, lo cual precisamente le da esta naturaleza, no del pronunciamiento por medio del cual, el juez competente, una vez agotado el procedimiento previamente establecido por la ley, decide finalmente la acción penal con efectos de cosa juzgada, formal mientras se surten los recursos a que hubiere lugar y material, una vez decididos.

En este caso, entonces, al haber incluido el Tribunal las dos clases de decisiones en el

mismo acto, es claro que la declaratoria de nulidad respecto al delito de rebelión no forma parte de la sentencia y por ende, no podía ser recurrida en casación, toda vez que este recurso extraordinario por disposición del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, únicamente procede contra las sentencias de segunda instancia dictadas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, o en el caso de la casación excepcional contra la sentencias proferidas en segunda instancia por los Juzgados Penales del Circuito, no contra las decisiones de simple naturaleza interlocutoria como la reseñada, como tampoco contra las Resoluciones acusatorias, como igualmente lo trata de enfocar el demandante, pues por más que en ella se formulen los cargos base de la sentencia en ningún momento puede equipararse, ya que precisamente el hecho de corresponder a su acto antecedente sustentado en diversas exigencias formales y probatorias, menores desde luego, necesariamente excluye tan inusitada posibilidad'.<sup>18</sup>

Más recientemente, la Corte indicó:

'Reitera la Sala en este punto, entonces, que 'resulta evidente que las providencias judiciales se clasifican en sentencias y autos, siendo aquellas las que ordinariamente ponen fin a una actuación procesal con reconocimiento expreso de la culpabilidad del procesado -sentencia condenatoria-, o de su inocencia -sentencia absolutoria-, si de instancia se trata, o definen la casación o la acción de revisión; y éstas, decisiones que si resuelven algún incidente o aspecto sustancial del proceso, se denominarán 'autos interlocutorios', para diferenciarlos de los de sustanciación que se ocupan de meros trámites. Sólo por excepción la ley denomina 'sentencia' a una decisión que en sede de casación invalida el proceso, en los demás casos, la determinación que en tal sentido tomen los jueces en las instancias, es naturalísticamente un 'auto interlocutorio', así se haya pronunciado, como ocurrió en este caso, con ocasión de la revisión de una sentencia. Ha dicho la jurisprudencia pacíficamente que no porque se tomen diversas decisiones dentro de un mismo cuerpo de sentencia, cambia la

naturaleza jurídica que la ley le da a esas determinaciones; es apenas, una práctica que por economía procesal suele usarse en los estrados judiciales’.

‘Así mismo, que la naturaleza interlocutoria de una providencia, sea que se adopte en forma separada o en el texto de una sentencia de instancia, ‘impide que en su contra pueda plantearse censura alguna en sede de casación, pues este recurso extraordinario solamente procede contra sentencias de segunda instancia’.’.19

No sobra recalcar que los antecedentes transcriptos tienen plena operancia en tratándose de la sistemática acusatoria, pues, la Ley 906 de 2004, como arriba se reseñó, sigue la tradición de reclamar la existencia de sentencia para facultar la interposición del extraordinario recurso de casación.

Lo anotado, para no penetrar en otras aristas también problemáticas de lo consignado en la providencia objeto de aclaración, como aquella que remite a la posibilidad de interponer el recurso de reposición, si se trata de un auto, y la imposibilidad de que preste mérito ejecutivo lo decidido, dado que no comporta el rango de sentencia.

Véase, entonces, que la consideración, entre otras cosas, respetuosa de la naturaleza del pronunciamiento, de la condición de sentencia que reviste la decisión del incidente de reparación integral, elimina todas las dificultades antes reseñadas, facultando expedito el camino para que se espere la ejecutoria de la sentencia penal y se pueda, eventualmente, acudir al recurso de casación.

De esta manera, dejo sentado mi criterio.

Señores Magistrados,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

1 Radicación 29542.

2 Radicación 22920.

3 En ese evento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, el incidente de reparación se propone dentro de los treinta (30) días siguientes al anuncio del sentido del fallo,

4 Radicación 21425.

5 Radicación ídem.

6 En similar sentido, ver fallo de tutela del 3 de septiembre de 2002 y auto del 10 de agosto de 2005, radicación 20489.

7 Esta comisión fue creada por el Acto Legislativo 03 de 2002.

8 Es de anotar que en países como Paraguay y Venezuela en los cuales operan normatividades procesales penales con tendencia acusatoria la oportunidad para reclamar la reparación de los perjuicios está prevista, precisamente, para después de producida la ejecutoria del fallo condenatorio. Así está establecido en los artículos 439 y ss. del Código Procesal Penal de Paraguay (Ley No. 1286-98) y en los artículos 51 y 422 y ss. del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (Gaceta Oficial No. 5.558, extraordinaria, del 14 de noviembre de 2001).



- 9 Gaceta del Congreso No. 89 del 25 de marzo de 2004, pág. 11.
- 10 Gaceta del Congreso No. 104 del 26 de marzo de 2004, págs. 3 y 8.
- 11 Gaceta del Congreso No. 751 del 31 de octubre de 2005.
- 12 Radicación 22920.
- 13 Radicado 22.920, del 7 de diciembre de 2005
- 14 Radicado 29.090 del 10 de julio de 2008
- 15 Radicado 23.078, del 20 de abril de 2007
- 16 Ver sentencia de casación 12663 del 30 de junio de 1999, auto de casación 16545 del 18 de abril de 2001, sentencia de casación 16534 del 31 de mayo de 2001, sentencia de casación 11632 del 4 de septiembre de 2001, sentencia de casación del 29 de octubre de 2001 y sentencia de casación 22565 del 17 de agosto de 2005, entre otras.
- 17 Casación radicada con el número 11186.
- 18 Casación radicada con el número 12663.
- 19 Ver sentencia de casación 16534 del 31 de mayo de 2001, sentencia de casación 15570 del 29 de octubre de 2001, entre otras.