

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

AP1357-2018

Radicación N° 41.817

(Aprobado Acta N° 103)

Bogotá D.C., cuatro (4) de abril de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO

Rechazada la propuesta de remitir la actuación a la -aun inoperante- Sala Especial de Primera Instancia, presentada por el magistrado Eyder Patiño Cabrera, la Sala se pronuncia sobre la competencia para dictar sentencia en el proceso que se adelanta contra William Hernán Pérez Espinel, exgobernador de Casanare¹.

ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

1. La Contraloría General de la República, en la auditoría gubernamental con enfoque integral realizada a través de la Delegada del Sector Minas y Energía el 9 de agosto de 2004², en la Gobernación del Departamento del Casanare, advirtió el hallazgo 2004-P-20-04-12, que informa irregularidades en tres contratos celebrados por el entonces gobernador WILLIAM HERNÁN PÉREZ ESPINEL y KAROL EMILCE CANO GARZÓN, en calidad de contratista: el 481 para el suministro de víveres a los restaurantes escolares; el 533 para el abastecimiento de material didáctico y el 582 para la provisión de kit escolar, los dos últimos para la dotación de recursos materiales y técnicos de soporte para el aprendizaje,

con el propósito de proveer las instituciones educativas del nivel preescolar en el departamento y sobrecostos en los mismos consistentes en \$10.860.040 para el contrato 481 de 2002, \$21.100.500 del 533 de 2002 y \$75.240.000 del 582 de 2002.

Los tres contratos objeto de estudio habrían sido suscritos con la misma persona, KAROL EMILCE CANO GARZON, quien presentó certificado de matrícula de persona natural de la Cámara de Comercio de Casanare, con número de matrícula: 00035777 del 11 de septiembre de 2002, siendo suscritos estos contratos en fechas cercanas a esta matrícula: octubre 09, (contrato 481), octubre 21, (contrato 533), y noviembre 05; (contrato 582), del año 2002.

La sumatoria de los valores de los mencionados contratos -de suministro- asciende a una cuantía superior a los \$300.000.000. Pese a haberse establecido en los términos de referencia la realización de estudios financieros a las propuestas, dichos estudios no fueron observados en los soportes facilitados. Además, la contratista adquirió la totalidad de los bienes requeridos por la administración departamental de otros establecimientos comerciales, denotándose una diferencia en los valores pactados con la administración departamental y los valores acordados entre la contratista y dichos establecimientos comerciales.

En cuanto a su ejecución, se observan los respectivos comprobantes de ingresos de estos bienes al almacén departamental, como también se observan sus respectivas actas de liquidación y certificaciones de almacenista departamental.

2. Con fundamento en tales hechos, mediante auto del 28 de diciembre de 2006, la Fiscalía dispuso abrir investigación previa³, de conformidad con lo previsto en el artículo 322 de la Ley 600 de 2000, mientras que el 11 de enero de 2008 ordenó apertura de investigación⁴.

3. El 7 de febrero de 2008⁵ y 16 de septiembre de 2009,⁶ William Hernán Pérez Espinel rindió indagatoria.

4. El 28 de septiembre de 2012, la Fiscalía General de la Nación impuso a William Hernán Pérez Espinel medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin excarcelación y alternativa que hace referencia a la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica y la prohibición de salir del país.

5. El 8 de marzo de 2013 se ordenó el cierre de la investigación y el 30 de abril de la misma anualidad la Fiscalía 7ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la competencia conferida en el artículo 235 numeral 4º de la [Constitución Política](#), acusó a William Hernán Pérez Espinel, como probable autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso heterogéneo y sucesivo con peculado por apropiación a favor de terceros agravado (arts. 410 y 397 inc. 2º del C.P.)⁷.

La acusación fue recurrida por el defensor, y en decisión del 20 de junio de 2013 la Fiscalía decidió no reponer y ordenó remitir el expediente a esta Sala de Casación Penal⁸.

6. El 23 de julio de 2013 se recibió el expediente y al día siguiente se corrió el traslado de 15 días previsto en el art. 400 de la Ley 600 de 2009.

7. La audiencia preparatoria se celebró el 28 de enero de 2014 y en su desarrollo se ordenó la práctica de las pruebas solicitadas y se negaron algunas.¹⁰ Contra esta decisión se interpuso recurso de reposición por la defensa, el cual fue resuelto el 26 de febrero de 2014, en la que se accedió a la impugnación.¹¹

8. La vista pública se realizó el 12 y 13 de noviembre de 2014, el 11 de mayo y 13 de octubre de 2015 al término de la cual pasó el expediente al despacho para emitir el correspondiente fallo.

9. Para la sesión de Sala de la fecha, el magistrado ponente propuso, mediante proyecto de auto, que el expediente fuera remitido a la Sala Especial de Primera Instancia, una vez entrara a operar la misma. En su criterio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

Justicia no es el juez natural para proferir la sentencia dentro de esta actuación, que se adelanta contra un aforado constitucional, pues a partir de la expedición del Acto Legislativo N° 01 del 18 de enero de 2018, la competencia para sentenciar se atribuyó a la Sala Especial de Primera Instancia.

Discutida la aludida propuesta, fue rechazada por decisión mayoritaria, en atención de las razones que a continuación se exponen.

CONSIDERACIONES

La Sala mayoritaria reitera su postura en torno a afirmar la competencia para continuar instruyendo y juzgando los procesos adelantados contra aforados constitucionales, tal como se ha expuesto en los radicados CSJ SP364-2018, 21 feb. Rad. 51142; CSJ AP495-2018, 7 feb. Rad. 37395; CSJ AP400-2018, 1 feb. Rad. 50969, y CSJ AP422-2018, 31 ene. Rad. 39768.

Ciertamente, el Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018 modificó los artículos 186, 234 y 235 de la [Constitución Política](#) y creó, al interior de la Corte Suprema de Justicia y con funciones limitadas, Salas Especiales de Instrucción y Juzgamiento para aforados, encargándole a la Sala de Casación Penal la resolución de los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones de la Sala Especial de Juzgamiento de primera instancia.

No obstante, dicha reforma constitucional no previó ninguna norma transitoria que permitiera la implementación inmediata de los órganos a los cuales se traslada la competencia para instruir en única instancia y juzgar en primera instancia a los aforados constitucionales, ausencia ante la cual se torna inviable su aplicación en tanto las Salas Especiales nacieron a la vida jurídica en el mismo Acto Legislativo, debiéndose surtir el proceso de selección y nombramiento de los funcionarios judiciales que las compondrán.

Mientras ello sucede, por unanimidad ha dicho la Sala que su competencia para tramitar los

procesos en curso se mantiene, toda vez que la función de administrar justicia no se puede paralizar a la espera de la entrada en actividad de las nuevas Salas Especiales -de Instrucción y Juzgamiento-, «mientras los respectivos poderes públicos implementan esos nuevos organismos, con los trámites constitucionales y legales que ello conlleva.»¹²

Esto porque, aunque es cierto que el art. 4º del Acto Legislativo dispone que a partir de la fecha de su promulgación entra a regir y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, también es verdad que dicho mandato es irrealizable en forma inmediata, por imposibilidades fácticas y jurídicas.

En la práctica, la entrada en funcionamiento de los órganos creados para asumir la instrucción y el juzgamiento en primera instancia de los procesos en contra de los aforados constitucionales requiere del agotamiento de un trámite interadministrativo de implementación, que a la fecha no se ha cumplido. Es una realidad irrefutable que, pese a su creación en la constelación normativa, en este momento las Salas Especiales no existen, por lo que mal podría disponerse la remisión de la actuación a un organismo del todo carente de potestad jurisdiccional, por cuanto ésta no está encarnada en ningún funcionario judicial.

A una tal intención -enviar la actuación a un organismo carente de entidad-, bajo el pretexto de su existencia en el mundo de las normas, en verdad subyace un fenómeno -ese sí de palpable existencia- que la Sala no puede avalar de ninguna manera por carecer de facultad para ello, a saber, la suspensión de facto del proceso. Un juez que se niega a administrar justicia no sólo atenta contra deberes funcionales, sino quebranta garantías fundamentales como el acceso a la administración de justicia y el derecho a que se decida la situación judicial de un sindicado penalmente dentro de un plazo razonable, sin dilaciones injustificadas.

En un evento similar, ya la Sala había censurado este tipo de suspensiones procesales de

hecho, solicitadas por sujetos procesales con ocasión de la creación de organismos judiciales que si bien cuentan con competencias definidas en la Constitución, carecían del debido desarrollo legal de las formas propias del juicio y no habían entrado en efectivo funcionamiento.

Al referirse a la imposibilidad de suspender procesos para ser enviados a la -entonces inexistente J.E.P.-, la Sala unánimemente (C.S.J. AP5147-2017, rad. 48.912) argumentó que no hay ninguna norma procedimental que obligue a la Corte a abstenerse de resolver los asuntos bajo su competencia, mediante la figura de la “suspensión de la actuación”. Antes bien, ha de someterse al deber de resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 142-1 de la Ley 600 de 2000), sin que le sea permitido abstenerse de cumplir sus funciones, menos cuando, fácticamente, no existe la posibilidad de remitir el expediente a ningún organismo judicial operante.

En el art. 29 inc. 1º de la Constitución se reconoce la dimensión jurídico-objetiva del debido proceso. El concreto y efectivo ejercicio de este derecho presupone la configuración normativa de las formalidades esenciales que han de regir los procedimientos. Por ello, el art. 29 inc. 2º ídem preceptúa que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de las formas propias de cada juicio. En consecuencia, la delimitación del ámbito de protección del debido proceso ha de consultar el desarrollo legal pertinente.

El ámbito de protección del derecho al debido proceso está demarcado, entonces, tanto por prescripciones constitucionales genéricas como por la específica configuración legal de las formas propias de cada juicio, pues se trata de una garantía de marcada composición normativa.

De conformidad con lo anterior, para que proceda la suspensión del proceso o la

interrupción de la actuación ha de existir una norma procedimental que así lo permita.

Pues, tal circunstancia es una situación excepcional a la regla general, consistente en que el juez ha de “resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional” (art. 142-1 C.P.P.); entre ellos, el de celeridad, conforme al cual la administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos de su competencia.

Sin embargo, no hay ninguna norma que habilite al magistrado ponente a suspender el procedimiento con fines de remisión del expediente a la aun inexistente Sala Especial de Juzgamiento. Además, las causales de suspensión del proceso civil (art. 161 C.G.P.) son inaplicables por remisión normativa (art. 23 C.P.P.), por cuanto resultan extrañas a la naturaleza del proceso penal.

Bajo esa misma lógica es que la Sala, en pleno, ha optado por aplicar la medida que considera más acorde a los derechos y principios que rigen el proceso penal, cual es continuar tramitando las actuaciones hasta tanto entren a funcionar las Salas Especiales, pues ninguna norma de rango supranacional, constitucional o legal autoriza la interrupción de la función pública de administrar justicia, situación que ni siquiera es previsible para los estados de excepción.

Mas apartándose del consenso logrado en punto de la imperiosa necesidad de proseguir con el trámite de las actuaciones de única instancia, adelantadas contra aforados constitucionales, el magistrado sustanciador del presente asunto pretende aplicar la suspensión de facto del procedimiento, absteniéndose de elaborar el proyecto de sentencia para someterlo a discusión en la Sala, al amparo de una razón carente de solidez y coherencia, así como insostenible a la luz de los postulados básicos de la teoría general del proceso, a saber, que la Sala es competente para investigar y adelantar el juicio, pero no para dictar sentencia.

Semejante entendimiento comporta una inconcebible escisión de la función de juzgar. La más básica comprensión del proceso penal contemporáneo implica, desde luego, la separación de las funciones de investigar y acusar, por una parte, y la de juzgar, por otra. El juzgamiento entraña la tramitación del juicio, momento procesal destinado para que el juez construya, precedido del debate probatorio, la premisa fáctica de la decisión judicial. Es decir, el juzgamiento no se auto-justifica ni se tramita como un fin en sí mismo, sino que es apenas un instrumento que sirve al fin último de todo procedimiento judicial, esto es, la emisión de la sentencia, donde se resuelve de fondo la controversia. Es en este acto donde cobra sentido la existencia de un poder juris-dicente. En otras palabras, es impensable el ejercicio de la función judicial por un juez que no dice el derecho, que se abstiene de decidir.

Como lo enseñan los postulados esenciales del derecho procesal, el poder de decisión comprende el ejercicio de la potestad jurisdiccional para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual para desatar los conflictos y darle certeza jurídica a las situaciones jurídicas, concretas, mediante la sentencia¹³. En términos de Carnelutti, recogidas las pruebas, puesto que la ley le es conocida, al juez no le queda más que juzgar; ayudado por la discusión entre las partes. Aquél debe resolver las dudas y decidir. Hubo un tiempo en que se admitía que el juez pudiera decir: non liquet (no lo tengo claro), pero el Estado moderno no puede permitir que él no administre justicia, la necesidad de justicia debe ser satisfecha en todo caso¹⁴.

Tales básicos y elementales preceptos son desatendidos por la incomprensible propuesta de suspender la actuación para ser remitida -con indefinición en el tiempo, además- a la Sala Especial de Juzgamiento, que como entidad con competencia constitucional, pero sin jurisdicción -por cuanto carece de magistrados que encarnen la función judicial- de ninguna manera puede juzgar al acusado¹⁵.

Desde esa perspectiva, la propuesta rechazada por la Sala mal podría encontrar

fundamento normativo, pues ningún ordenamiento procesal desarrollaría preceptos jurídicos que desquicien los pilares básicos del diseño y trámite de un proceso, que de la manera más gráfica posible consiste en una auténtica labor de ingeniería jurídica. No existe ninguna norma, de rango constitucional ni del orden legal, que se refiera al fenómeno de una competencia parcial que fracciona la función del juez de conocimiento; por el contrario, basta revisar la normatividad colombiana para verificar que esa competencia (la de juzgar) conlleva invariablemente la de dictar sentencia.

En nuestro sistema no milita ningún tipo de limbo jurídico que imponga al juzgador adelantar los trámites del juicio, pero le impida resolver la cuestión litigiosa a él planteada. Precisamente, por consecuencia de esto es que la Sala ha venido exponiendo que la falta de implementación de la reforma constitucional para los asuntos como el presente caso “constituye la razón que descarta una pérdida de competencia de esta Corporación para adelantar este proceso en la específica etapa en la que se encontraba a la entrada en vigencia del Acto Legislativo. Es una garantía fundamental inquebrantable la imperiosa necesidad de administrar justicia sin interrupciones, y, por ello, se afirma que la Corte no puede cesar en sus funciones de investigar y juzgar a los aforados constitucionales, tal y como lo establece el numeral 4 del artículo 235 de la Constitución Política” (CSJ AP422-2018, 31 ene. Rad. 39768).

Conforme con lo anterior, la Sala reafirma su posición en torno a la conservación de la competencia para continuar conociendo de los procesos que se adelantan en contra de aforados constitucionales, la cual, desde luego, circunscribe el proferimiento de la sentencia, no sólo por ser el acto con el cual termina el juzgamiento, sino debido a que, por antonomasia, implica el perfeccionamiento mismo del proceso. Sin un fallo, el proceso mismo carece de sentido.

Ahora bien, sin entrar en la discusión sobre la materialización del ejercicio del derecho de impugnación y la garantía de doble conformidad, que en la actual etapa del presente

proceso resulta inatinerente -pues no se está dictando aún ningún fallo-, es claro que el magistrado sustanciador tampoco puede escudarse en tales tópicos para relevarse del deber de presentar a la Sala la ponencia respectiva, como quiera que el ámbito de aplicación de las aludidas garantías presupone la existencia de una sentencia condenatoria. Empero, lo que la Sala exige en este momento es, apenas, el cumplimiento del ineludible deber de presentar el proyecto de rigor para que sea discutido por la Corporación.

En tal sentido, se requerirá al magistrado ponente para que, a la mayor brevedad posible, presente proyecto de fallo.

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

RESUELVE

1. Reafirmar la competencia de la Sala de Casación Penal para juzgar y proferir sentencia en la actuación seguida contra de William Hernán Pérez Espinel, exgobernador de Casanare, dentro del proceso radicado con el N° 41.817.
2. Requerir al magistrado sustanciador para que presente un proyecto de decisión, en el menor término posible.
3. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cúmplase

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO AL AUTO

AP1357-2018, rad. 41817

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, salvo mi voto por las siguientes razones.

1. En la ponencia que presenté a la Sala, propuse la remisión de esta actuación a la Sala Especial de Primera Instancia, por ser la autoridad que, según el Acto Legislativo 01 de 2018, es la competente para el efecto. Las razones que esboqué para sustentar la postura descansan, en esencia, en la necesidad de garantizar la doble instancia y la doble conformidad. Este fue el contenido del proyecto derrotado:

5. La Competencia:

5.1. Como se dijo en la acusación, en la foliatura obran constancias que William Hernán Pérez Espinel fue elegido gobernador del departamento de Casanare, para el periodo 2001-2003.

El 28 de septiembre de 2012 la Fiscalía General de la Nación impuso a William Hernán Pérez Espinel medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin excarcelación y alternativa que hace referencia a la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica y la prohibición de salir del país, situación jurídica que no afecta el fuero constitucional que ostenta para ser juzgado por esta Corporación, dado que las conductas punibles guardan relación con las funciones de gobernador.

5.2. En tal virtud, para garantizar los fines constitucionales del fuero, atendida la acusación que pesa sobre Pérez Espinel y como quiera que en consideración de la Sala se impone dictar un fallo de fondo, es necesario atender lo previsto por el Acto Legislativo 01 de 2018, mediante el cual se modificaron los artículos 186, 234 y 235 de la [Constitución Política](#), implementándose el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria y, respecto de los delitos que cometan los gobernadores, se creó, al interior de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Especial de Instrucción, encargada de investigar y acusar, y la Sala Especial de Primera Instancia.

En el artículo 1º, incisos 4 y 5, consagró:

Contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación. Su conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La primera condena podrá ser impugnada.

Más adelante, en el canon 3º, que modificó el 235 de la Carta, señaló como competencia de esta Sala:

6. Resolver, a través de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la Ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena, proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de las fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o militares.

5.3. Así las cosas, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2018 el panorama jurídico cambió diametralmente. La doble instancia y la doble conformidad de la primera condena deben ser garantizadas y la Corte Suprema de Justicia, como órgano máximo de la jurisdicción ordinaria, está impelida a asegurar su observancia en aras de demostrar su probidad y rectitud.

5.4. Por consiguiente, resulta indiscutible que la garantía de la doble instancia contra toda sentencia que profiera la Sala Especial de Primera Instancia y el derecho fundamental a la impugnación de la primera condena, son, no solo reconocidos actualmente por la Constitución Política, sino de aplicación inmediata, como surge del contenido del precepto 4º, según el cual: «El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias», siendo que su publicación en el Diario Oficial tuvo lugar el 18 de enero del año en curso.

La promulgación, según el precepto 52.2 del Código de Régimen Político y Municipal, es el acto de «insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número que termine la inserción».

5.5. Dado que -lo ha recalcado la Corte Constitucional entre otras, en CC C-757/01- las normas constitucionales son de aplicación inmediata y no requieren «reiteración de su contenido en normas de otra jerarquía para garantizar su efectividad (C.P., art. 4º)», esas disposiciones del Acto Legislativo ya se encuentran vigentes y, por ende, resulta imposible

excluir la doble instancia.

5.6. La afirmación antedicha encuentra pleno respaldo en la Ley 153 de 1887, que en el artículo 9 establece: «[l]a Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente». Así mismo, se soporta en los preceptos 40 y 43, que instituyen reglas a aplicar cuando se advierta incongruencia en las leyes, exista oposición entre ley anterior y ley posterior, o frente el tránsito legal de derecho antiguo al nuevo. Su tenor es el siguiente:

Artículo 40. [Modificado por el art. 624, Ley 1564 de 2012]. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Artículo 43. La ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40.

5.7. Ahora bien, el acto reformativo de la Constitución no previó disposiciones transitorias en punto de su implementación y en la actualidad no se ha proferido la ley en virtud de la cual se establezca la logística para poner en marcha la Sala Especial de Instrucción y la Sala Especial de Primera Instancia. No obstante, a pesar de que tal funcionamiento operativo es imprescindible para garantizar la plena eficacia de la administración de justicia como fin y deber del Estado y que la persona contra quien se procede penalmente tiene derecho a que su actuación se adelante en forma pronta y oportuna, también lo es que ello no puede

materializarse atropellando sus derechos constitucionales y legales, máxime cuando en la fecha el Acto Legislativo está rigiendo.

5.8. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia puede continuar adelantando las actuaciones que están en curso, pero, de ninguna manera, dictar sentencia condenatoria.

5.9. En cuanto a lo primero, porque en los procesos que actualmente adelanta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en única instancia y que se encuentran en etapa preliminar, instructiva y de juzgamiento –en los que no ha finalizado la audiencia pública-, puede proseguirse con la actuación que corresponda a fin de respetar el debido proceso como derecho fundamental, en tanto, no hacerlo, implicaría paralizar la justicia, máxime cuando, según lo prevé el artículo 48 de la Ley 153 de 1887 «[l]os jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia».

Aunque la disposición transcrita prescribe la obligación de juzgar y podría entenderse implícita la de dictar sentencia, adoptar el fallo –condenatorio- viola la Constitución, habida cuenta la imposibilidad de garantizar la doble instancia y el derecho a impugnar la primera condena, que hoy se encuentran consagrados en la Carta.

5.10. El Juez natural para proferir sentencia es, conforme al Acto Legislativo, uno distinto a la Sala de Casación Penal, la cual solo conoce en segunda instancia, no en primera, pues, para el efecto, se instituyó la Sala Especial de Primera Instancia.

5.11. Las normas procedimentales, según jurisprudencia de la Corte Constitucional, se deben leer a la luz del principio de instrumentalidad de las formas (artículo 228 de la Carta Política), es decir, que «su respeto es predicable en cuanto cumple un fin». (Cfr. CC A017/06). Por ende, no puede la Sala de Casación Penal dictar sentencia –condenatoria- porque ello conlleva el incumplimiento del fin para el cual fue concebido el Acto Legislativo

01 de 2018.

5.12. Así que para respetar la garantía de la doble instancia, el derecho fundamental de impugnación de la condena, el principio de favorabilidad y para no incurrir en una extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 de la Constitución Política), esta Sala debe remitir el expediente, por competencia, a la Sala Especial de Primera Instancia creada por el Acto Legislativo ya mencionado, una vez entre a operar la misma.

2. Además de lo expuesto, dado el contenido y los términos del auto del cual me aparto, que son idénticos a los consignados por la Sala en el AP1297-2018, radicado 35691, transcribo las consideraciones adicionales hechas en el salvamento de voto que a esa providencia deposité:

2.1. La mayoría asegura, en la pág. [8] de la providencia, que «por unanimidad ha dicho la Sala que su competencia para tramitar los procesos en curso se mantiene».

Tal afirmación no consulta la realidad jurídica porque en las sentencias condenatorias proferidas en única instancia, desde que se expidió el Acto Legislativo 01 de 2018, el suscrito ha salvado el voto (CSJ SP364-2018, rad. 51142; CSJ SP379-2018, rad. 50472; CSJ SP436-2018, rad. 51833; CSJ SP621-2018, rad. 51482, y CSJ SP693-2018, rad. 43421) e, incluso, lo ha aclarado cuando se ha hecho referencia a la “plena competencia”, (CSJ AP838-2018, rad. 30734). También, en los fallos de única instancia referidos, ha salvado su voto el magistrado José Francisco Acuña Vizcaya.

Adicionalmente, me he apartado de la mayoría, por la misma razón, en la sentencia dictada en sede de casación CSJ SP722-2018, rad. 46361, por comportar primera condena para el procesado.

Lo anterior revela que no hay unanimidad en el tema de la competencia plena de la Sala de Casación Penal para proferir sentencia condenatoria en esta clase de asuntos.

2.2. Es cierto que dentro de la «constelación normativa» -para citar textualmente el Auto del que me aparto- se crearon las Salas Especiales y que aún las mismas no existen, pero, dicha realidad no la desconocí en el proyecto derrotado.

La remisión que propuse tiene soporte en la vigencia de la norma constitucional -Acto Legislativo 01 de 2018-, aspecto admitido por la mayoría; envío que se materializaría en el momento en que dichas Salas entren en funcionamiento.

Ahora bien, ese planteamiento no implica denegación de justicia, como lo piensa la Sala mayoritaria, sino la aplicación normativa más acorde con la garantía del debido proceso y el aseguramiento de un derecho -a la doble instancia y la doble conformidad- reconocido para la fecha por el Constituyente derivado.

Quiero recordar que, desde el primer salvamento que deposité sobre este puntual aspecto (en CSJ SP379-2018, rad. 50472) referí mi tesis sobre esa temática así:

...soy del criterio que en los procesos que actualmente adelanta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en única instancia y que se encuentran en etapa preliminar, instructiva y de juzgamiento -en los que no ha finalizado la audiencia pública-, puede proseguirse con la actuación que corresponda a fin de respetar el debido proceso como derecho fundamental, en tanto, no hacerlo, implicaría paralizar la justicia, máxime cuando, según lo prevé el artículo 48 de la Ley 153 de 1887 «[l]os jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia».

Debo aclarar que, aunque la disposición transcrita prescribe la obligación de juzgar y podría entenderse implícita la de dictar sentencia, considero que -esta es la razón esencial de mi voto disidente- adoptar fallo viola la Constitución, habida cuenta la imposibilidad de garantizar la doble instancia y el derecho a impugnar la primera condena, que hoy se encuentran consagrados en la Carta.

2.3. Considero que las modificaciones introducidas a los preceptos constitucionales, que se relacionen con doble instancia, la doble conformidad y los procesos de investigación y juzgamiento penales, deben ser interpretadas a la luz de la parte dogmática de la Carta Política.

Bajo ese orden, he hecho explícita mi tesis en torno a la falta de competencia de la Sala para dictar sentencia y a la prórroga de la misma para las etapas anteriores del proceso, lo que no implica, como lo insinúa la mayoría, que sea incoherente.

Es cierto, la competencia no es parcial, empero mi tesis procura asegurar la efectiva administración de justicia (continuar con el conocimiento de las actuaciones) y la vigencia de los derechos fundamentales de los procesados con el reciente reconocimiento constitucional de los mismos por parte del Congreso de la República.

Esa tensión que surge entre la prestación del servicio público de administración de justicia y el derecho a impugnar la sentencia condenatoria –ante la falta de existencia de las Salas Especializadas-, implicaría dos soluciones claramente lesivas del debido proceso y los derechos fundamentales. Una, que la Sala de Casación Penal continúe conociendo de los procesos de única instancia, incluso hasta proferir sentencia; y dos, que la Sala de Casación Penal perdió total competencia en dichos eventos.

El resultado de atender cualquiera de las dos hipótesis, lesionaría derechos fundamentales. Por esa razón, acudiendo a los artículos 2, 4 y 228 de la Constitución Política, propuse una intermedia que implicara menor afectación de los derechos de los procesados.

El juez no puede negarse a administrar justicia, pero esa administración de justicia debe ser íntegra y completamente garantista de las formas propias y del debido proceso. Por ello, dictar sentencia como lo pide la Sala impide garantizar el derecho a la impugnación de la primera condena, que hoy día ya está reconocido en la Constitución Política.

2.4. No me he negado a proferir sentencia. A lo que me negué es a violar derechos fundamentales. Por ese motivo, en el texto del salvamento de voto depositado a la sentencia de casación CSJ SP722-2018, rad. 46361, consigné lo siguiente:

Por consiguiente, la Sala de Casación Penal, en pleno, estaba impedida en esta oportunidad para proferir fallo condenatorio, habida cuenta que con ello hizo nugatorio el derecho a la doble conformidad de Adelmo González Losada.

Dentro de ese marco, la Sala, ante la existencia de una norma constitucional, habría podido, para garantizar la plena eficacia de la administración de justicia como fin y deber del Estado y no trasladar cargas inapropiadas a la persona contra la que se procede penalmente, quien tiene derecho a que su situación se resuelva de forma pronta y oportuna, proponer la modificación del reglamento y dividirse, como incluso lo sugiere el Acto Legislativo en comento, para adoptar la decisión y así asegurar que los restantes magistrados conocieran sobre la impugnación.

Ese mecanismo, contrario al pensar de la mayoría, no implica asumir atribuciones propias y exclusivas del Congreso de la República, pues conforme lo dispone el artículo 235 de la Constitución Política, antes en el numeral 6, ahora en el 9, la Corte está facultada para darse su propio reglamento, el cual debe estar acorde con los mandatos superiores hoy existentes.

Cabe recordar que la Corporación, con propósitos semejantes, hizo uso de esa esa facultad al expedir el Acuerdo 001 de 2009, por el cual se adicionó al Reglamento General de la Corporación.

EYDER PATIÑO CABRERA

Fecha ut supra.

1 Para el periodo comprendido entre los años 2001 y 2003.

2 Folios 3-8 cuaderno anexo original 2 Fiscalía.

3 Folios 3-5 cuaderno original 1 actuación de la Fiscalía.

4 Folios 140-145 cuaderno original 1 actuación de la Fiscalía

5 Folios 183-198 cuaderno original 1 actuación de la Fiscalía.

6 Folios 287-297 cuaderno original 2 actuación de la Fiscalía.

7 Folios 53-103 cuaderno original 4 actuación de la Fiscalía.

8 Folios 136-151 cuaderno original 4.

9 Folio 1-4 cuaderno original de la etapa de juzgamiento.

10 Folio 104-134 cuaderno original 1.

11 Folio 146-155 cuaderno original 1 de la etapa de juzgamiento.

12 CSJ SP364-2018, 21 feb. Rad. 51.142.

13 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I, Bogotá: ABC, 1996, 14^a ed., p. 302.

14 Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Cómo se hace un proceso. Bogotá: Temis, 1997, pp. 125-127.

15 Es que, acorde con el prenombrado precursor del derecho procesal, “la palabra proceso nos ha descubierto acaso un poco de su secreto. Se trata, en honor a la

verdad, de un proceder, de un caminar, de un recorrer un largo camino, cuya meta parecer señalada por un acto solemne, con el cual el juez declara la certeza, es decir, dice qué es cierto". *Ibíd.*, p. 17.