

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

AP3728-2015

Radicación No. 45489

(Aprobado Acta No. 225)

Bogotá, D.C., primero (1º) de julio de dos mil quince (2015).

VISTOS:

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por el apoderado de la Fiscalía General de la Nación contra el proveído del 19 de febrero de 2015, por medio del cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán negó reconocerle la calidad de víctima dentro del proceso penal adelantado contra la exfiscal Gloria Amparo Zúñiga Molano.

HECHOS:

El 3 de septiembre de 2007, la entonces Fiscal Seccional de Guapi (Cauca), Gloria Amparo Zúñiga Molano, precluyó la investigación penal que se venía adelantado a diez (10) docentes por su participación en el delito de uso de documento público falso, al considerar atípicas sus conductas; pese a que los investigados habían aceptado su responsabilidad durante sus indagatorias y que la

actuación le había sido devuelta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de esa sede judicial a efectos de que se enmendara una falencia procesal¹ que le impedía proceder a emitir la correspondiente sentencia anticipada.

ANTECEDENTES:

1. La Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán trazó el respectivo programa metodológico de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal y, el 9 de julio de 2013, formuló imputación contra Gloria Amparo Zúñiga Molano, por su participación en el punible de prevaricato por acción, mismo cargo por el que presentó escrito de acusación el 30 de septiembre de esa anualidad, el cual fue rechazado por la procesada en audiencia celebrada el 28 de octubre siguiente.

1. Adelantadas las audiencias preparatoria y de juicio oral, el 3 de diciembre de 2013 y 5 de febrero de 2014, respectivamente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán resolvió condenar a la acusada Zúñiga Molano a 49 meses de prisión, multa de 66.6 S.M.L.M.V (año 2007) a favor del Estado e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses, como autora penalmente responsable del delito de prevaricato por acción, negándole el reconocimiento de los mecanismos alternativos y sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

1. La defensa presentó recurso de apelación en contra de la referida sentencia condenatoria, la cual fue confirmada en su integridad por ésta Corporación a través de

fallo del 9 de julio de 2014.

1. El apoderado especial del Fiscal General de la Nación² solicitó la apertura del incidente de reparación integral ante el Tribunal Superior de Popayán, el cual, en proveído del 19 de febrero de 2015 negó reconocerle a la Fiscalía la calidad de víctima. Inconforme aquel con la referida decisión, presentó recurso de reposición y, en subsidio, apelación en su contra; arguyendo que en el caso sub examine «se ocasionó un daño antijurídico a la entidad que represent[a], en lo atinente a [su] buen nombre», surgiendo para la sentenciada la obligación de reparar integralmente los perjuicios causados a la Fiscalía General de la Nación.

1. Luego que el Tribunal resolvió negativamente el recurso horizontal, concedió el recurso de apelación y remitió la actuación a esta Colegiatura.

EL AUTO IMPUGNADO:

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán negó reconocerle al apoderado especial del Fiscal General de la Nación la calidad de víctima en el sub exámine, tras considerar que «por mandato expreso del artículo 99 de la Ley 270 de 1996, se ha reservado la representación judicial a la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial», y en aras de dar fuerza a su decisión, realizó una lectura detallada de las consideraciones expuestas por esta Colegiatura en auto del 11 de febrero de 1999 dentro de la radicación No. 14523.

Seguidamente, desestimó la alegada pretensión pecuniaria, bajo el argumento de que el actuar delictual de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación

no constituye una amenaza seria a la existencia y capacidad de operación de dicha entidad, por tratarse de una persona jurídica creada por la Constitución Nacional y la Ley.

En síntesis, el a quo rechazó la solicitud de apertura del incidente de reparación integral, invocando lo dispuesto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y un precedente jurisprudencial.

ARGUMENTO DEL RECORRENTE:

El impugnante, en su lacónica intervención, dejó entrever que su inconformidad se contrae a señalar que el buen nombre de la Fiscalía General de la Nación fue agredido, maltratado y agraviado con la conducta prevaricadora de Gloria Amparo Zúñiga Molano, pues los hechos delictivos fueron cometidos por una Fiscal Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, de quien se predica estricto acatamiento a la ley.

Igualmente, se logra extraer de las manifestaciones del recurrente, que el referido suceso delictivo causó escozor y asombro en la comunidad de Guapi (Cauca), al punto de afectar la confianza que la sociedad deposita en el ente acusador, y que dicha pérdida de legitimidad institucional es equiparable a un daño antijurídico, el cual reclama «debe ser resarcido»³

.

CONSIDERACIONES:

A la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde desatar el recurso de apelación interpuesto, de acuerdo con la competencia que le asigna el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004.

Antes de adoptar alguna decisión en punto de la impugnación propuesta, es necesario precisar que el incidente de reparación integral propiciado por el aquí impugnante, se encuentra circunscrito a debatir lo relacionado con la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con la conducta prevaricadora de la exfiscal Gloria Amparo Zúñiga Molano.

De la misma manera, concrétese, que el problema jurídico planteado por el impugnante se contrae a cuestionar las razones normativas y jurisprudenciales aducidas por el a quo al momento de emitir su negativa respecto de que el Fiscal General de la Nación pueda promover, directamente, incidentes de reparación integral, en calidad de víctima, en aquellos procesos penales que finalizaron con la declaratoria de responsabilidad penal de alguno de sus delegados, por haber incurrido éstos en conductas contra la administración pública.

Luego, entonces, como quiera que en el presente caso la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán fundó su decisión en el criterio establecido por ésta Colegiatura en el auto del 11 de febrero de 1999, dentro de la radicación interna No. 14523, relevante resulta determinar si los fundamentos jurídicos allí expuestos lo avalan como un antecedente vinculante o si, por el contrario, la normatividad actual y las razones de justicia material evidencian la necesidad de un cambio jurisprudencial.

Así, tenemos que en el referido pronunciamiento ésta Colegiatura conoció en segunda instancia del proceso penal adelantado contra el Fiscal Delegado ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manzanares (Caldas), por haber incurrido en los delitos de cohecho propio y prevaricato.

En el curso de la audiencia de juzgamiento, el apoderado judicial del Fiscal General de la Nación presentó solicitud de constitución de parte civil, la cual fue rechazada por

el Tribunal Superior de Manizales, por considerar que de conformidad con el artículo 99 de la Ley 270 de 1996, el peticionario carecía de legitimidad para actuar. Una vez impugnada la referida decisión, ésta Sala desató la alzada bajo las siguientes consideraciones:

Primero afirmó que existe una supuesta “dependencia en materia presupuestaria” de la Fiscalía General de la Nación respecto de la Administración Judicial, por lo que el Director Ejecutivo de ésta última actuaría como coordinador y vocero, en relación con lo cual expresó:

la ley estatutaria prevé las funciones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que no siempre se refieren exclusivamente a los órganos tradicionales de administración de justicia (juzgados y corporaciones), sino que en más de una ocasión involucran también el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación.

(...)

Conforme con el artículo 87, la Sala Administrativa elabora el plan sectorial de desarrollo para la rama judicial, que deberá ser presentado al Gobierno, pero siempre consultará las necesidades y propuestas que tengan las entidades antes mencionadas (incluida la Fiscalía).

Por último, el artículo 88 reitera que la Fiscalía presenta su proyecto de presupuesto a la Sala Administrativa para su incorporación al proyecto de presupuesto general de la rama, y será dicho órgano el que lo haga valer ante el Gobierno Nacional para su inclusión en el presupuesto general de la nación.

(...)

Como los procesos judiciales pueden afectar positiva o negativamente el presupuesto de la rama judicial, se ha preferido razonablemente unificar la realización del respectivo proyecto en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, así se respeten las proposiciones que sobre la materia haga la Fiscalía General de la Nación, gracias a la autonomía que constitucionalmente se le reconoce.

Esa unificación del presupuesto de la rama judicial, con matices respetuosos del funcionamiento autónomo de la Fiscalía General de la Nación, exigía coherentemente centralizar la representación de la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales que pudieran afectarlo. Esa es la razón para que se haya situado dicha función en la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, “órgano técnico y administrativo que tiene a su cargo la ejecución de las actividades administrativas de la rama judicial, con sujeción a las políticas y decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura” (art. 98).

El hecho de que por obra de un proceso judicial resulte un ingreso o un gasto que pueda incidir en el presupuesto de la rama judicial, concretamente el de la Fiscalía, no desdibuja la intervención representativa del Director Ejecutivo de la Administración Judicial, pues es asaz claro que en materia presupuestaria siempre debe establecerse una coordinación entre la Sala Administrativa del Consejo y el Fiscal General, aunque la vocería obligatoriamente corresponda a la primera.

Nótese, además, que las funciones del Director Ejecutivo se discriminan por el legislador estatutario en consonancia con el ámbito de las mismas, pues, en relación con la gestión de los procesos judiciales, se dice que dicho funcionario representa a la Nación-Rama Judicial, por sus obvias consecuencias en el presupuesto que la Sala Administrativa (no el fiscal) debe ventilar ante el Gobierno Nacional (numeral 8); y, con perspectiva diferente, en lo que atañe a los actos o contratos que deban otorgarse o

celebrarse para bien del funcionamiento de la rama judicial tradicional, sólo actúa en nombre de la Nación-Consejo Superior de la Judicatura (numeral 3), porque en la Fiscalía tal actividad, por ser eminentemente administrativa, corresponde al Fiscal General (Decreto 2699/91, art. 22, num. 16).

Es que si se atiende cabalmente el contenido del título cuarto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, dicha función de representación en los procesos judiciales no es estrictamente administrativa sino de gestión, en el sentido más concreto de que la acción se realiza para la tramitación de un asunto, y no meramente en función del cuidado que concierne sobre el mismo.

De modo que, acorde con el encabezamiento del artículo 22 del Decreto 2699, el Fiscal sí tiene la representación general de la entidad ante las autoridades del poder público, pero la gestión específica para los procesos judiciales se ha reservado al Director Ejecutivo de Administración Judicial, por mandato expreso de la respectiva ley estatutaria.

En segundo lugar, la Sala consideró que el señalamiento de la autoridad competente para representar a la Nación en los asuntos judiciales es materia reservada de la Ley estatutaria de la administración de justicia, no siendo susceptible de ser modificado o variado lo previsto en ésta, específicamente en el numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996, por otra ley de menor jerarquía, llámese ley orgánica u ordinaria. En apoyo de esa tesis, planteó el siguiente argumento:

...es importante advertir que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, la representación judicial de la Nación-Rama Judicial en todos los procesos judiciales de cualquiera de sus órganos, corresponde al Director Ejecutivo de Administración Judicial, pues así lo determinó el numeral 8º del artículo 99 de la mencionada ley.

(...)

Esta tesis permanece invariable aún frente a la nueva redacción del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, pues, además de que sería imposible hacer la variación de una ley estatutaria por medio de una de carácter ordinario, el precepto se refiere concretamente a la representación de las personas de derecho público en los procesos contencioso administrativos; amén de que, cuando la misma norma menciona al fiscal general y otros funcionarios cabezas de entidades públicas como sus representantes, lo hace para el caso de los actos que ellos expidan o los hechos que produzcan en el ejercicio de ese natural liderazgo.

(...)

Es suficiente la argumentación dispuesta para declarar que ha sido rechazada razonablemente la demanda de constitución de parte civil por el a quo, tanto en virtud de la falta de personería para actuar en el proceso (*legitimatío ad processum*), como por carencia de legitimación en la causa (ausencia de presentación verosímil del perjuicio). He ahí el fundamento de la confirmación que se entregará a la providencia impugnada.»⁴

De los apartes citados, es posible advertir que con fundamento en lo establecido en la Ley 270 de 1996, ésta Colegiatura afirmó que la representación judicial de la Nación-Rama Judicial está radicada en forma exclusiva y excluyente en cabeza del Director Ejecutivo de Administración Judicial, en razón de lo estipulado en el numeral 8º del artículo 99 del referido compendio normativo.

Ahora bien, al auscultar las subreglas precitadas, encontramos que responden a una línea de pensamiento establecida en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que se afirmó, por más de dos lustros, que cuando se demandaba a la Nación por un perjuicio causado por la Fiscalía General de la Nación, y

aquella acudía al proceso representada por el Fiscal General de la Nación, se presentaba un problema de legitimación ad procesum, lo cual generaba la nulidad de la actuación.

Verbigracia, en autos del 5 de septiembre de 19965 y 23 de enero de 19976, la Sección Tercera de la referida Corporación judicial afirmó:

De conformidad con el artículo 149 del C.C.A., en concordancia con el Decreto 2652 de 1991, la representación judicial de la Nación-Rama Judicial, para los efectos de las actuaciones judiciales contencioso administrativas en las que se encuentre comprometida la voluntad de aquella por actos, actuaciones o vías de hecho de sus funcionarios, corresponde al Ministerio de Justicia.

De otro lado, la representación judicial de la Nación-Rama Judicial en los aspectos administrativos y de gestión económica y contractual relativos a la misma, seguirá en cabeza de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, según lo dispone el numeral 4º del artículo 15 del Decreto 2652 de 1991.7.

Como se observa, la tesis planteada por la jurisprudencia tenía como fundamento dos normas: el artículo 149 del entonces Código Contencioso Administrativo —Decreto 01 de 1984— y el numeral 8º del artículo 99 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia —270 de 1996—, a cuyo tenor se dispone:

Artículo 149. Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan.

En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el ministro, director de departamento administrativo, superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso. La Nación-Rama Judicial estará representada por el director ejecutivo de administración judicial.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el director general de impuestos y aduanas nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

Parágrafo 1º. En materia contractual, intervendrá en representación de las dependencias a que se refiere el artículo 2º, numeral 1º, literal b) de la Ley 80 de 1993, el servidor público de mayor jerarquía en éstas.

Parágrafo 2º. Cuando el contrato haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de ésta se ejerce por él o por su delegado.

Artículo 99. Del director ejecutivo de Administración Judicial. El Director Ejecutivo de Administración Judicial deberá tener título profesional, maestría en ciencias económicas, financieras o administrativas y experiencia no inferior a cinco años en dichos campos. Su categoría, prerrogativas y remuneración serán las mismas de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura.

Son funciones del Director Ejecutivo de Administración Judicial:

(...)

8. Representar a la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados especiales... (subrayas fuera del texto original)

De los preceptos en cita, se puede constatar que en un primer momento, con fundamento en el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, la jurisprudencia estableció que la representación de la Nación-Rama Judicial correspondía al Ministro de Justicia; y en un segundo periodo, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, se asignó tal función al Director de la Administración Judicial, no obstante que la Fiscalía General de la Nación desde el instante mismo en que fue creada, mediante el artículo 249 de la Constitución Política de 1991, contó con autonomía administrativa y presupuestal, las cuales fueron reafirmadas en su desarrollo legal, esto es, en el Decreto extraordinario 2699 de 1991, en cuyos artículos 22 y 27 se estipula:

Artículo 22. El Fiscal General de la Nación tendrá la representación de la entidad frente a las autoridades del Poder Público así como frente a los particulares y cumplirá las siguientes funciones:

(...)

4. Ser vocero y responsable por las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación ante los demás estamentos del Estado y de la Sociedad.»

(...)

Artículo 27. La oficina Jurídica tendrá las siguientes funciones:

1. Representar a la Fiscalía mediante poder conferido por el Fiscal General en los procesos

en que ésta sea demandada.

En este orden de ideas, la Sala retoma el problema jurídico aquí planteado: ¿Qué razón normativa o de otra índole puede aducirse para afirmar que del artículo 249 de la [Constitución Política](#) y del Decreto 2699 de 1991, no se podía derivar un imperativo o una facultad radicada en el Fiscal General de la Nación, para representar judicialmente a la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación? O, si se lo prefiere, ¿Por qué el intérprete de la ley se negó a aplicar la norma constitucional —artículo 249— y su desarrollo legal para reconocer al Fiscal General como representante judicial de la Fiscalía General de la Nación?

Pues bien, la respuesta jurisprudencial se encuentra plasmada en diversos pronunciamientos, pero quizás el que ofrece mayor claridad se emitió recientemente por parte de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado al unificar la jurisprudencia en relación con la representación judicial de la Fiscalía General de la Nación, antes y después de la entrada en vigencia del artículo 249 de la Ley 446 de 1998, por cuanto afirmó:

¿Es posible que de la normativa transcrita se pueda derivar un imperativo o una facultad radicada en el Fiscal General de la Nación, para representar judicialmente a la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación? La respuesta es negativa, toda vez que la representación a la que se refiere la norma está dirigida del Fiscal a la Fiscalía, esto es, la Fiscalía General de la Nación será representada por el Fiscal General, y en los procesos judiciales en la que ésta fuere demandada lo hará la oficina jurídica mediante poder conferido por el Fiscal.

De otro lado, lo que no establecen las normas transcritas es que el Fiscal General tenga la representación judicial de la Nación, pues ésta, para esa época estaba radicada en el Ministerio de Justicia y, con posterioridad a la expedición de la ley estatutaria de

administración de justicia, pasó esa representación al Director Ejecutivo de Administración Judicial.⁸

Evidente es que lo que se echaba de menos era una norma en la que expresamente se estipulara que el Fiscal General de la Nación tiene como función, entre muchas otras, la de representar a la Nación-Fiscalía General de la Nación, en los procesos judiciales.

En la actualidad, con la expedición de la Ley 938 de 2004, legislación a través de la cual se reguló la estructura orgánica de la Fiscalía General de la Nación, pareciera que cualquier discusión respecto a la interpretación adecuada o no de las precitadas normas hubiese quedado superada, puesto que en su artículo 11 prevé:

Funciones. El Fiscal General de la Nación tiene la representación de la entidad y además de las funciones especiales otorgadas por la Constitución Política, tiene las siguientes funciones generales:

(...)

25. Representar a la Nación-Fiscalía General de la Nación, en los procesos judiciales, para lo cual podrá constituir apoderados especiales.

Sin embargo, podría pensarse que subsisten las subreglas o presupuestos señalados en el proveído del 11 de febrero de 1999 de esta Sala, referidos a (i) una supuesta “dependencia en materia presupuestaria” de la Fiscalía General de la Nación respecto de la Administración Judicial, en la que el Director Ejecutivo de ésta última actuaría como coordinador y vocero; así como, que (ii) el señalamiento de la autoridad competente para representar a la Nación en los asuntos judiciales es materia reservada de la Ley estatutaria de la administración de

justicia, no siendo susceptible de ser modificado o variado lo previsto en ésta por otra ley de menor jerarquía; empero, lo cierto es que tales planteamientos deben reevaluarse por las siguientes razones:

i. El artículo 65 de la Ley 179 de 1994, a través de la cual se introducen algunas modificaciones a la Ley Orgánica de Presupuesto, consagra en su inciso segundo:

Será responsabilidad de cada órgano defender los intereses del Estado, debiendo realizar todas las actuaciones necesarias en los procesos y cumplir las decisiones judiciales, para lo cual el Jefe de cada órgano tomará las medidas conducentes.

Luego, entonces, es el Fiscal General de la Nación, en calidad de «Jefe» de ese órgano de persecución del delito, quién tiene la facultad de representar a la Fiscalía General de la Nación judicialmente para defender los intereses del Estado.

La citada norma confirma uno de los presupuestos desarrollados ampliamente desde otrora por la teoría general del proceso, esto es, el de la capacidad para comparecer al proceso⁹, pues en lo que concierne a las personas jurídicas, de naturaleza pública o privada, se ha establecido como regla que éstas siempre deberán acudir al proceso por medio de su representante legal, sin que ello signifique que carezcan de legitimación para actuar por sí mismas, y que su capacidad procesal deba ser suplida por su representante, toda vez que se les ha asimilado a los supuesto fácticos previstos en los artículos 1503 y 1504 del Código Civil Colombiano.

i. El señalamiento de la autoridad competente para representar a la Nación en los asuntos judiciales no es ni ha sido materia reservada de la Ley estatutaria

270 de 1996, en los términos del artículo 152 de la Constitución, pues solo se debía regular a través de la misma la estructura normativa básica y los principios sustanciales y procesales sobre la Administración de Justicia.

Una interpretación en sentido contrario a lo aquí esbozado, implicaría establecer una reserva de ley que la Constitución no ha previsto, desconociendo, de paso, el concepto material de este tipo de leyes (ley estatutaria), en menoscabo de la flexibilidad que debe tener el legislador para regular un aspecto tan simple como la representación de las personas de derecho público y de la mejor defensa judicial que de sus intereses pueda hacer la Fiscalía General de la Nación.

Ya respecto a éste tópico la Corte Constitucional, en sentencia C- 523 de 2002, al momento de declarar exequible el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, afirmó:

«Cabe preguntar, finalmente: ¿El hecho de que el legislador estatutario haya señalado quién representa a toda la rama judicial (numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996) impide que el legislador ordinario se ocupe de un aspecto como el de la representación judicial de la Fiscalía General de la Nación en los procesos contencioso administrativos? La Corte considera que no.

La representación que por efecto de la disposición demandada se le otorga al Fiscal General para actuar en nombre de la Nación en los procesos de carácter contencioso administrativo es específica.

El Director de Administración Judicial actúa a nombre de la Nación-Rama Judicial, concebida como un todo compuesto por diferentes órganos, en aquellos procesos judiciales que son de su competencia, circunstancia que no se ve interferida por la atribución específica que recae en cabeza del Fiscal General, pues a pesar de que la Fiscalía también hace parte de dicha rama, la Constitución le reconoce una autonomía, que en los términos de la propia Ley Estatutaria de Administración de Justicia,

puede ser desarrollada a través de una ley ordinaria, siempre y cuando se refiera a asuntos —como la facultad de representación del Fiscal— que no hacen parte del contenido sustancial que corresponde abordar al legislador estatutario.

Como ya se aludió, fue el propio constituyente el que facultó al poder legislativo para que en uso de sus atribuciones constitucionales desarrolle aspectos organizativos relacionados con la Fiscalía mediante la expedición de leyes ordinarias (artículo 253 C.P.). Son estos asuntos específicos que por su propia naturaleza no están sujetos al procedimiento legal estatutario, pues, como en el presente caso, versan sobre aspectos procesales que aseguran el adecuado funcionamiento de un órgano constitucional, garantizando, al mismo tiempo, la efectividad de sus funciones y su independencia frente a los demás órganos del Estado.

Por otra parte, el hecho de que una determinada materia (v. gr. la representación judicial de la rama judicial) haya sido parte integrante del temario contenido en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, no la convierte en un asunto que queda sometido necesariamente al proceso legislativo cualificado propio de las de las leyes estatutarias. La representación judicial de la Fiscalía no hace parte del contenido esencial de la Ley 270 de 1996, pues no guarda relación con la definición de la estructura de la justicia, con los principios básicos que la orientan, ni con aspectos sustanciales de dicha rama del poder. Por esta razón, el legislador ordinario sigue siendo competente para regular materias como ésta, pues no existe razón que justifique que el desarrollo legal de determinados asuntos esté sometido al proceso estricto que la Constitución señala para la legislación estatutaria.

Si bien el legislador dispone de un margen para decidir si es conveniente que un tema específico sea abordado en determinada ley en aras de lograr una mayor racionalidad legislativa y una clara armonía en la regulación de una materia, subraya la Corte que es la misma Constitución la que ha indicado qué materias son de competencia del

legislador estatutario y qué materias son propias del legislador ordinario. Cuando el legislador estatutario se ocupa de materias que están dentro de la órbita del legislador ordinario, la norma correspondiente no se torna necesariamente inconstitucional, puesto que se han cumplido todos los requisitos mínimos para que ésta ingrese válidamente al ordenamiento jurídico, ya que el trámite de las leyes estatutarias es más riguroso que el de las ordinarias. Sin embargo, el hecho de que un tema haya sido regulado por el legislador estatutario siendo propio del legislador ordinario no lo transforma en materia exclusiva de ley estatutaria y, por lo tanto, no lo sustrae del ámbito de competencia del legislador ordinario.

Aceptar lo contrario llevaría a que gradualmente el legislador estatutario vaciara la competencia del legislador ordinario, lo cual introduce demasiada rigidez en la evolución del derecho y obstaculiza que las mayorías ordinarias adopten decisiones democráticas mediante los procedimientos fijados por la Constitución para la aprobación de leyes ordinarias.

(...)

En este caso concreto, la norma citada de la Ley 270 de 1996 no sustrajo de la competencia del legislador ordinario la regulación de la representación judicial de la Fiscalía General en ciertos procesos judiciales la cual puede válidamente ser definida en leyes ordinarias, v.gr. el Código Contencioso Administrativo en el ámbito preciso y específico de los procedimientos judiciales por él reglamentados.

Estas razones resultan suficientes para declarar exequible, en la parte demandada, el artículo 49 de la Ley 446 de 1998 y así se hará en la parte resolutive del presente fallo.» (Subrayas fuera del texto original).

De tal forma, que en lo atinente a quién le corresponde la representación judicial de la Fiscalía General de la Nación, rige lo consagrado por el legislador

ordinario en el numeral 25 del artículo 11 de la Ley Orgánica 938 de 2004.

Corolario de lo anteriormente expuesto, la representación judicial y extrajudicial de la Fiscalía General de la Nación corresponde a su representante legal, esto es, al Fiscal General.

Ahora, como quiera que otro de los argumentos de que se sirvió el Tribunal para negar el reconocimiento de la calidad de víctima a la Fiscalía General en el trámite del incidente de reparación integral, es que dicha entidad no puede reclamar la reparación del daño causado a su buen nombre «por tratarse de persona jurídica de derecho público que nace y se desenvuelve por mandato y privilegio constitucional o legal», de entrada debe señalarse que le asiste razón por los siguiente motivos:

(I) En orden a determinar la legitimidad de la víctima para intervenir en el proceso penal, se debe partir del concepto que establece el artículo 132 de la Ley 906 de 2004, conforme al cual «se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto»¹⁰.

De la noción anterior esta Sala¹¹, siguiendo la jurisprudencia constitucional¹², tienen dicho que víctima es (i) la persona natural o jurídica (ii) que ha sufrido un daño, (iii) individual o colectivo, (iv) como consecuencia del delito. A su turno, el daño debe ser (a) real y concreto, y (b) no necesariamente de contenido patrimonial.

Asimismo, esta Colegiatura ha considerado que el interés de la víctima para intervenir en el proceso penal no está limitado a la reparación, sino que también abarca la verdad y la justicia, por lo cual, aun cuando la pretensión no tenga

contenido patrimonial, el titular de la acción civil está legitimado para participar en el trámite, siempre que señale el daño concreto causado con el injusto, pues no basta la simple manifestación de haber sufrido un perjuicio para que sea reconocido como tal.

Sobre las exigencias para que opere tal reconocimiento, la Sala en CSJ SP, 12 nov. 2014, rad. 43484, dijo:

Quien pretende el reconocimiento de la condición de víctima dentro del proceso penal ostenta la carga procesal de precisar cuál fue la afectación que padeció como consecuencia de la conducta punible investigada o juzgada y, si es del caso, aportar los medios de convicción que la evidencien.

Obviamente, esa calidad se adquiere por el hecho de sufrir el daño o perjuicio, pero la legitimación para intervenir en la actuación judicial demanda el reconocimiento del funcionario encargado de dirigir el proceso y este aval se obtiene a partir del señalamiento de la afectación real y concreta causada con el delito, así se persigan exclusivamente los objetivos de justicia y verdad, y se prescinda de la reparación pecuniaria. Por ende, no basta con pregonar un perjuicio genérico o potencial ni con manifestar el interés en conocer la verdad y aspirar a que se haga justicia.

(II) En el caso examinado se profirió condena por el delito de prevaricato por acción cometido por la Fiscal Seccional de Guapi (Cauca), conducta punible que apunta a proteger el bien jurídico de la administración pública.

Por tanto, su realización, como lo ha sostenido esta Corporación, afecta primordialmente a la Nación y tiene la potencialidad de desprestigiar y deslegitimar la administración de justicia, en la medida que en la sociedad produce desconfianza el hecho de que quienes la imparten incurran en conductas de tal gravedad, relacionadas con la función que tienen asignada, lo cual de

contera menoscaba el valor justicia, de raigambre constitucional y naturaleza intangible, del cual son titulares todos los ciudadanos que la conforman.

En un asunto similar, donde se condenó a un Juez de la República por el delito de prevaricato, sobre la legitimidad de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial para intervenir en la actuación como víctima, señaló la Corte:

Tratándose de delitos contra la administración pública, la principal afectada es la Nación, representada por las diferentes ramas del poder público que la conforman, pues la materialización de esas conductas resquebraja la organización y estructura diseñada en la Carta Política al hacerla ver disfuncional. Así mismo, mancha su imagen ante la sociedad, genera desprestigio y disminuye la legitimidad de su accionar.

Siendo ello así, resulta evidente que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, entidad que representa judicialmente a la Nación-Rama Judicial¹³, ostenta legitimidad para actuar como víctima en los procesos donde se juzgue y sancione a los funcionarios judiciales que profieren decisiones manifiestamente contrarias a la ley porque tal proceder afecta la reputación y credibilidad de la administración de justicia y puede materializar un daño real y concreto.

Por las mismas razones, si la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial ha sido reconocida como víctima dentro del proceso, tiene legitimidad para instaurar el incidente de reparación integral en tanto el artículo 132 de la Ley 906 de 2004 prevé que “en firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancias de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días a la audiencia pública con la que se dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal...”. (CSJ SP, 12 nov.

2014, rad. 43484)

Sin embargo, el supuesto que se presenta en el caso concreto difiere del analizado en la jurisprudencia en cita, pues aquí el representante de la Fiscalía General de la Nación promueve incidente de reparación integral y solicita reconocer a dicha institución la calidad de víctima, habida cuenta del daño que la conducta prevaricadora de una de sus delegadas le causó al «buen nombre de la entidad», particularidad que torna improcedente la referida petición.

En primer lugar, cabe destacar que en manera alguna se cuestiona que las personas jurídicas, públicas y privadas, son titulares de derechos fundamentales, entre ellos, el relativo al buen nombre, como lo tiene dicho la jurisprudencia constitucional, al señalar:

En efecto, ha defendido esta Corporación una interpretación extensiva del artículo 86 constitucional, en el sentido que esta disposición no hace distinción entre personas naturales y jurídicas, de derecho privado o de derecho público, nacional o extranjera, lo que ha llevado a concluir que cualquier persona jurídica es titular de derechos fundamentales¹⁴ y que puede acudir a la acción de tutela para su protección dada su condición de sujeto de derecho¹⁵.

Ahora bien, en lo que sí ha hecho distinción es respecto a los derechos fundamentales de los cuales es titular una persona jurídica, así se ha dicho que puede le asisten a la persona jurídica están entre otros, los de igualdad, inviolabilidad de domicilio, petición; debido proceso, libertad de asociación, acceso a la administración de justicia y el derecho al buen nombre, sin que esta enunciación pretenda ser exhaustiva. Sin embargo, no todos los derechos fundamentales pueden predicarse de la persona jurídica, pues algunos de ellos se refieren exclusivamente a la persona humana y no les es dable exigir el amparo: por ejemplo el derecho a la vida,

la prohibición de la desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o el derecho a la intimidad familiar¹⁶. Tampoco son titulares del derecho a la dignidad humana¹⁷, ni de los derechos a la intimidad personal y a la honra, los cuales “solamente se reconocen al ser humano, pues son atributos propios de éste, inherentes a su racionalidad, inalienables, imprescriptibles y connaturales con el reconocimiento de su dignidad”.¹⁸

No obstante, en punto de la reparación del daño ocasionado por la conducta punible, importa distinguir entre la afectación a la imagen o buen nombre de la persona jurídica y el denominado «good will» o buen nombre comercial, del cual también pueden ser titulares los entes morales.

En relación con el primero, doctrina y jurisprudencia lo han entendido como «la reputación o fama de una persona, esto es, como el concepto que el conglomerado social se forma de ella»¹⁹, mientras que el segundo integra el concepto o noción de establecimiento de comercio en los términos de los artículos 515 y 516 del C. de Co., y según criterio de autoridad del Consejo de Estado, se define como «el buen nombre o fama comercial en un conglomerado económico social determinado»²⁰.

En ese orden, surge patente que la segunda categoría, esto es, el buen nombre comercial, es un atributo de las personas jurídicas de naturaleza privada, como que son éstas las que, por regla general, ejercen la actividad comercial de la cual se deriva el llamado «good will», que es un «bien intangible que conlleva beneficios tales como el reconocimiento de los consumidores al producto o servicio y a la empresa que lo suministra, la confianza y credibilidad de la empresa, la calificación positiva del consumidor a las características del producto y el derecho a la clientela, esta última con protección jurídica positiva en las normas que consagran la prohibición de las conductas de competencia desleal (ley 256 de 1996). El contenido patrimonial de este derecho no tiene parámetros precisos y por tanto

generalmente corresponde a un estimado del potencial de mercado y su rentabilidad (...)”²¹»; de donde se sigue que el perjuicio derivado de la afectación al buen nombre comercial, no puede ser reclamado por los entes morales de naturaleza pública, salvo que su objeto social sea el comercio.

Siendo ello así, la Fiscalía General de la Nación, ente de naturaleza pública creado por la Constitución Nacional y la ley, titular de derechos fundamentales y, por ende, pasible de delitos, puede intervenir como víctima en aquellas actuaciones penales donde persiga la reparación de un daño patrimonial derivado de la conducta punible, verbi gratia, frente a un ilícito de peculado cometido en desmedro de los recursos de la institución, pero no estará legitimada para hacerlo cuando pretenda el resarcimiento del perjuicio causado por la afectación al buen nombre de la entidad, cuando ésta se origina en la actuación desviada de uno de sus agentes, como acontece en este asunto, pues mal podría reclamar a sus servidores por el eventual menoscabo que sus acciones generen a la imagen o credibilidad de la institución, en la medida en que aquellos son escogidos por la propia entidad para que la representen.

En efecto, el buen nombre es objetivo²², toda vez que surge de los buenos o malos actos que realice la persona, natural o jurídica, o aquella que la represente, luego siendo de exclusiva responsabilidad del ente acusador escoger a los servidores en quienes delega la función que constitucional y legalmente tiene asignada, así como ejercer sobre los mismos un adecuado control, no estará legitimado para reclamar de aquellos reparación alguna cuando en el ejercicio de su actividad afecten la imagen o el buen nombre de la institución que encarnan.

En ese orden, la Fiscalía General de la Nación no está legitimada para intervenir como víctima en los procesos penales donde se juzgue a funcionarios de dicha institución por delitos contra la administración pública y, en particular, como ocurre en el caso de la especie, por el punible de prevaricato, cuando pretenda reclamar perjuicios por el deterioro que tales conductas puedan ocasionar al buen nombre de la entidad.

Así las cosas, se confirmará la decisión impugnada, pero con fundamento en los motivos señalados por la Sala.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán el 19 de febrero de 2015.

Notifíquese y cúmplase.

José Luis Barceló Camacho

José Leonidas Bustos Martínez

Fernando Alberto Castro Caballero

Eugenio Fernández Carlier

Gustavo Enrique Malo Fernández

Eyder Patiño Cabrera

Patricia Salazar Cuéllar

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Solo a nueve de los diez docentes investigados se les había adelantado la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipadas, no obstante que todos habían solicitado acogerse a sentencia anticipada durante sus indagatorias. La Juez Promiscuo del Circuito de Guapi, advirtió tal falencia y ordenó la devolución del expediente a la Fiscalía a efectos de que se realizara la diligencia de formulación de cargos faltante o que, en su defecto, se declarara la ruptura de la unidad procesal.

2 Poder especial otorgado por el Fiscal General de la Nación en Resolución No. 0-550 del 2 de abril de 2014, conforme obra a folio 12 de la actuación.

3«Acudo al recurso de reposición y en subsidio apelación, puesto que... La Fiscalía General de la Nación no disminuye su operatividad como lo mencionan los magistrados, ni tampoco amenaza su existencia, mas, sin embargo, la confianza de la población de Guapi frente a las instituciones, se vio totalmente disminuida respecto a La Fiscalía General de la Nación causando un daño antijurídico frente a la entidad que represento, frente a la correcta administración de justicia y al buen nombre de la entidad que represento... puesto que la doctora que fungía para la época de los hechos como Fiscal Delegada ante los jueces penales actuó en forma deliberada y consciente de que su conducta contrariaba la ley, porque teniendo el deber funcional de hacer las cosas lo mejor posible optó por decisiones contrarias a derecho. Es claro su señoría que la Fiscal para ese entonces que fue condenada por prevaricato por acción pudo haber actuado de forma diligente con

apego a la constitución y a las leyes, pero como he sabido fue condenada por el delito de prevaricato por acción.

Es de anotar que en la población de Guapi los acontecimientos que pasan repercuten mucho en la confianza de las instituciones. Este caso fue de mucha relevancia, de mucha resonancia y tuvo mucho eco en la población civil, porque fueron prácticamente diez docentes los que fueron dejados en libertad por la conducta desplegada por la fiscal de aquel entonces.

Entonces, esta defensa no comparte las razones expuestas por el Despacho. Así mismo, considera la Fiscalía que la pena que el Tribunal de Popayán le impuso a la procesada Gloria Amparo Zúñiga Molano estuvo conforme a la norma, mas, sin embargo, sí hubo una afectación al buen nombre a la entidad que represento, y por esas razones insistimos en que la Fiscalía General de la Nación es víctima por el actuar irresponsable de la señora Zúñiga Molano. Es todo señores magistrados.». Intervención del Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Popayán durante la apertura del incidente de reparación integral, al minuto 2:27:52 del registro de la referida actuación.

4CSJ AP, 11 feb. 1999, rad. 14523. En igual sentido, CSJ AP, 18 jun. 2002, rad. 19464.

5 Expediente 12087.

6 Expedientes 12520 y 12600.

7 Providencia del 5 de septiembre de 1996, expediente 12087. En el mismo sentido, autos del 23 de enero de 1997, expedientes 12520 y 12600

8Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 2013, radicación 2500023260001997503301.

9 Éste presupuesto se refiere a la aptitud de la persona para actuar válidamente en el proceso, lo que implica acudir a éste por sí mismo y ejecutar los actos procesales propios de aquél. Ver al respecto: DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso, Tomo I. Biblioteca Jurídica Dike, 1994. Medellín- Colombia. Pág. 270.

10 El aparte resaltado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-516 del 11 de julio de 2007.

11 CSJ SP, 11 noviembre 2009, rad. 32564; CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 28788; CSJ SP, 6 mar 2008, rad. 26703; CSJ SP, 1 nov. 2007, rad. 26077; y, CSJ SP, 10 ago. 2006, rad. 22289.

12 SCC-516 de 2007; SCC-370 de 2006; SCC-228 de 2002 y SCC-578 de 2002.

13 «Acorde con el artículo 149 del Código Contenciosos Administrativo, modificado por el art. 309 de la Ley 1437 de 2011: “Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan.

En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso. La Nación-Rama Judicial estará representada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las

entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto”. (subrayas propias)».

14 «Ver, por ejemplo, sentencias SU-182 de 1998, T-300 de 2000, SU-1193 de 2000 y T-1658 de 2000».

15 «Sentencia T-377 de 2000».

16 «Sentencia T-377 de 2000».

17 «Sentencia T-472 de 1996».

18 «Sentencia T-275 de 1995».

19 SCC T-129 de 2010.

20 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de enero de 2012, radicado interno No. 22205.

21 «Nota original de la sentencia citada: Sentencia de 10 de julio de 1997, expediente: 10.229».

22 SCC T-783 de 2002.