

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Fuerza vinculante/PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Conceptos

En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de *Decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o “dichos de paso”, no tienen poder vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR-Tipo penal derivado/ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR-Declaración judicial previa a la condena a la investigación o a la recepción del bien que enriquece ilícitamente

Es claro que dentro de la comprensión del enriquecimiento ilícito de particulares como “delito derivado” que había hecho la Corte Constitucional en el fallo del 30 de marzo de 1993 y que siguieron sosteniendo los Magistrados Martínez y Gaviria, la determinación judicial de la ocurrencia del delito fuente es un requisito para la condena penal por el delito de enriquecimiento ilícito, pero no para su investigación. La Corte considera que la exigencia de la sentencia judicial condenatoria previa del delito del cual se deriva el enriquecimiento ilícito de particulares formulada en la sentencia de constitucionalidad de 1993, significaba que para la condena de una persona por este delito, se requiere la existencia de una sentencia previa en la que se determine la ocurrencia del delito del cual se deriva el enriquecimiento, y no que la sentencia previa deba existir al momento de la comisión de los hechos que dan lugar a la imputación del delito de enriquecimiento ilícito. Es decir, para que se tipifique el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, aún dentro de la interpretación de la Corte en fallo, NO se requiere que la persona de la cual se recibe el dinero, los bienes o servicios que constituyen el enriquecimiento, esté condenada penalmente por un delito, verbigracia el de narcotráfico, en el momento en que se obtenga el incremento patrimonial no justificado. En el caso concreto objeto del presente fallo, sí existió sentencia condenatoria previa del delito fuente del enriquecimiento ilícito por el cual se condenó al peticionario.

SENTENCIA ANTICIPADA-Aceptación de cargos obra como confesión simple

La institución de la sentencia anticipada, implica renunciaciones mutuas del Estado y del sindicado: la renuncia del Estado a seguir ejerciendo sus poderes de investigación, y la del imputado a que se agoten los trámites normales del proceso, a la controversia de la acusación y de las pruebas en que se funda. El Estado reconoce que los elementos de juicio aportados hasta ese momento son suficientes para respaldar un fallo condenatorio que debe partir de la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado, certeza que se corrobora con la aceptación integral de los hechos por parte del imputado. La aceptación de los hechos obra como confesión simple. La Corte Constitucional ha dicho que además de la

aceptación por parte del sindicato de los hechos materia del proceso, éste acepta “la existencia de plena prueba que demuestra su responsabilidad como autor o partícipe del ilícito”.

#### SENTENCIA ANTICIPADA-Requisitos constitucionales

La sentencia condenatoria proferida cumple con los dos requisitos sustanciales que establece tanto la ley como la jurisprudencia constitucional, para terminar el proceso con sentencia anticipada: 1) que el imputado acepte íntegramente su responsabilidad en relación con los hechos que se investigan y, 2) que exista plena prueba sobre la ocurrencia del hecho y sobre la culpabilidad del sindicado.

#### VALORACION DE PRUEBAS-Juez regional la hizo acertadamente

La valoración de las pruebas que hace el Juez Regional para proferir la condena no es irrazonable, arbitraria ni caprichosa; no ignoró ni omitió prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento razonable. Al contrario, en la sentencia anticipada se aprecia un cuidadoso y detallado análisis de las pruebas aportadas y practicadas dentro de la investigación y en la etapa del juicio: se hace una relación pormenorizada de los cheques recibidos por el demandante, las cuentas en las cuales fueron consignados y la manera como se hicieron efectivos; se demuestra con base en los dictámenes periciales cómo el actor abrió cuentas bancarias a nombre de terceros y las manejó directamente falsificando firmas; estos hechos se corroboran con los testimonios de los empleados del accionante; y se desvirtúan sistemáticamente las explicaciones dadas por el sindicado sobre el origen del incremento patrimonial, demostrando con base en los testimonios de los comerciantes de dólares, que las transacciones alegadas por el doctor Garavito nunca se hicieron en cheques. En la sentencia condenatoria no se violaron los derechos fundamentales del peticionario, pues como se demostró en los acápites correspondientes, fue juzgado conforme a ley preexistente al acto que se le imputó, no se aplicó retroactivamente ninguna regla de derecho, ni se impidió la publicidad ni la contradicción de las pruebas.

Referencia: expediente T-463299

Acción de tutela instaurada por Rodrigo Garavito Hernández contra el Juez Regional de Bogotá (hoy Juzgado Especializado), el Tribunal Nacional o quien haga sus veces y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, seis (6) de diciembre de dos mil uno (2001)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca el 8 de mayo de 2001.

## I. ANTECEDENTES

La Sala de Selección Número Seis, a través de auto del 15 de junio de 2001 decidió seleccionar para revisión el Expediente No. T-463299, que contiene la acción de tutela interpuesta por el doctor Rodrigo Garavito Hernández contra el Juez Regional de Bogotá, el Tribunal Nacional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El peticionario, doctor Rodrigo Garavito Hernández, había interpuesto ya, el 29 de septiembre de 1997, acción de tutela contra el Juez Regional de Bogotá y el Tribunal Nacional con el objeto de que se declarara que la sentencia condenatoria proferida contra él, constituía una "vía de hecho". La solicitud de tutela fue declarada improcedente en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y negada en segunda instancia por el Consejo de Estado. La Corte Constitucional conoció del caso en sede de revisión, y resolvió, a través de sentencia SU-542 del 28 de julio de 1999 declarar improcedente la acción de tutela, considerando que existía otro mecanismo de defensa judicial, el recurso extraordinario de casación, que había sido ya interpuesto por el peticionario. Precisó la Corte en dicha oportunidad que en la sentencia se analizaba exclusivamente la procedibilidad de la acción y no los asuntos de fondo.

Procede ahora la Corte Constitucional a estudiar conforme al nuevo escrito de tutela presentado en abril de 2001, las alegadas violaciones a los principios y derechos fundamentales en que, a juicio del peticionario, incurrieron los jueces especializados al condenarlo por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al no casar la sentencia condenatoria.

### 1. La solicitud de tutela

El 23 de abril de 2001, el doctor Rodrigo Garavito interpuso acción de tutela ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca para que se le amparen sus derechos fundamentales, que considera violados por la justicia regional, hoy especializada, y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues, según afirma, las sentencias condenatorias proferidas contra él constituyen vías de hecho, ya que carecen de fundamento objetivo, violan el principio de legalidad, los derechos al debido proceso, a la defensa y a la presunción de inocencia.

En consecuencia solicita que se revoquen las sentencias proferidas por el Juzgado Regional de Bogotá el 12 de junio de 1997, el Tribunal Nacional el 24 de noviembre de 1997, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 2 de abril de 2001, en virtud de las cuales fue condenado como autor responsable de los delitos de falsedad en documento privado y enriquecimiento ilícito de particular.

Así mismo, pide que se anulen las sentencias mencionadas, y en su lugar se ordene al juez

competente que dicte nueva sentencia, respetando los derechos fundamentales, con base en las consideraciones del fallo de tutela.

El accionante funda sus peticiones en los siguientes hechos y argumentos:

1.1 Afirma en el escrito de tutela que fue sindicado, acusado y condenado como responsable de haberse enriquecido con dineros provenientes del narcotráfico, por haber consignado en sus cuentas y en las de sociedades de las cuales hace parte, 23 cheques de las mal llamadas “empresas de fachada”, obtenidos por él, según dice, “como medio de pago de los dólares que vendió.”

1.2 Sobre la violación de los principios de legalidad, irretroactividad y favorabilidad en materia penal

Sostiene que la conducta que originó la investigación penal y por la cual fue condenado, no estaba tipificada en la ley para el momento de la ocurrencia de los hechos. Dice que se le juzgó y condenó, sin atender la ley preexistente al acto que se le imputó.

Explica que el hecho por el cual fue condenado: haber recibido 23 cheques girados contra las cuentas de las así llamadas “empresas fachada” del Cartel de Cali, ocurrió durante los años de 1991, 1992, 1993, 1994 y 1995, años durante los cuales el delito de enriquecimiento ilícito de particular estaba tipificado “con precisión de alcance constitucional” como delito derivado y no autónomo. A pesar de esto, dice, se le juzgó y condenó por enriquecimiento ilícito de particular como delito autónomo.

Concluye que en su caso se aplicó retroactivamente, es decir, a hechos ocurridos antes de su ejecutoria, la Sentencia de la Corte Constitucional C-319/96, en la cual se “reconsideró” la posición inicial de la Corporación con respecto a los elementos del tipo de enriquecimiento ilícito de particulares, en vez de haberse aplicado la norma penal conforme a la interpretación constitucional vigente para el momento de la ejecución de la conducta, contenida en la sentencia C- 127/93, en la cual la Corte Constitucional “precisó el verbo rector del tipo” considerando que “ ...La expresión “de una u otra forma”, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales de forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los ordenes legales...”.

Precisa que para el momento de los hechos el delito se entendía como derivado pues se requería la prueba de las “actividades delictivas”, elemento del tipo (el incremento patrimonial injustificado provenga de actividades delictivas) que sólo podía probarse constitucionalmente con sentencia previa o coetánea. Este elemento del tipo no se refiere a actividades delictivas reales o supuestas, sólo a las primeras y dentro de un Estado democrático las “actividades delictivas” sólo se pueden invocar cuando existe una sentencia judicial condenatoria.

En consecuencia, dice el peticionario que la sentencia del Juez Regional de Bogotá del 12 de

junio de 1997 violó el principio de legalidad (legalidad estricta en materia penal), ya que se dio una “aplicación analógica desfavorable” del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particular. Se desconoció el principio de absoluta irretroactividad de la Ley penal o jurisprudencia penal desfavorable.

Dice que no se probó en el proceso la ilicitud de la fuente del enriquecimiento porque no se decretaron las pruebas solicitadas por la defensa tendientes a demostrar que los dineros con los que el Banco de Colombia cubrió los cheques librados contra las supuestas cuentas fachada del cartel de Cali, abiertas en dicho banco, provenían de sobregiros, como pretendía demostrarlo la defensa. Agrega que aún, suponiendo que Miguel Rodríguez fuera quién había ordenado el pago de los cheques, en el patrimonio de éste coexistían haberes lícitos con ilícitos, como consta en el proceso adelantado contra él y contra su hermano Gilberto, no habiéndose demostrado en el proceso que se le siguió, de cuál de dichas fuentes provenían los fondos del “supuesto ordenador”. Por tanto, la existencia del nexo causal entre el narcotráfico y el incremento patrimonial, fue un mero supuesto; esta suposición constituye una vía de hecho.

Afirma el accionante que tan cierto es lo que dice, que en la sentencia del 16 de enero de 1997, proferida por el Juzgado Regional de Cali contra Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela, se consideró que “con relación a los dineros depositados en las cuentas arriba descritas, no existe prueba directa que indique que el total de las sumas aritméticas de los dineros consignados en esas cuentas provengan, directa o indirectamente de los delitos de narcotráfico referidos. En consecuencia no está plenamente desvirtuada la explicación del sindicado en cuanto a que allí se mezclaban dineros lícitos e ilícitos...”.

### 1.3 Sobre la violación de los principios de publicidad y contradicción de la prueba. Ocultamiento del cuaderno “Anexo 21”

Afirma el accionante que a su defensa no se le dio la oportunidad de conocer ni de controvertir, antes del cierre de la investigación, el denominado Anexo 21, en el que se encontraban los extractos y consignaciones de las cuentas de las mal llamadas “empresas de fachada”:

La prueba trasladada de la Fiscalía General de la Nación denominada Anexo 21 no se recibió en la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. A éstos documentos se les dio un “manejo soterrado, ocultándoselos a los sujetos procesales”. En el oficio 310 de la Fiscalía General no aparece nota alguna de recibo por la Secretaría de la Sala Penal de la Corte, sólo aparece una nota con las iniciales de Clelia América Sánchez, entonces magistrada auxiliar del Dr. Ricardo Calvete, magistrado que sustanció la investigación en la Corte Suprema.

Dice que la Dra. Clelia América Sánchez reconoció, en testimonio rendido dentro del proceso, que fue ella, y no el personal de la Secretaría, a quién se le entregaron unos documentos remitidos por la Fiscalía terminando el mes de marzo de 1996. Afirma que este hecho aparece corroborado en la declaración de Dennys Durango, empleado de la Secretaría de la Sala Penal que manejaba los informes a los apoderados y a los sujetos procesales en los “asuntos de única instancia impar”, entre estos el radicado No. 10467. Concluye que está demostrado que fue la Dra. Clelia América Sánchez quién se los entregó directamente al

magistrado Calvete Rangel, el 29 de marzo de 1996.

Agrega que en el libro radicator de los procesos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se observa que no existe, con fecha 29 de marzo de 1996, ninguna anotación para enterar a los sujetos procesales de aquél hecho, y que está demostrado a través del testimonio del señor Dennys Durango, que el día 29 de marzo de 1996 el expediente se encontraba al Despacho del Dr. Calvete para resolver un recurso de reposición interpuesto por el defensor. Sostiene que por la misma época únicamente se registraba en la información al público disponible en la Secretaría de la Sala Penal, la existencia de 20 anexos en dicho proceso.

Según el peticionario, está demostrado que la anotación del 19 de abril que obra en el libro radicator de expedientes fue adulterada para incluir el traslado de los dictámenes y de la "prueba trasladada (Anexo 21)". Explica que se trata de una adición realizada después de ese día con la intención de salvar el ocultamiento del cuaderno denominado Anexo 21, el cual se encontraba desde el 29 de marzo de 1996 en poder del Dr. Calvete. De otro lado, existe un repisado, que constituye una adulteración por adición, del número 20 para agregarle sobre el cero (0), el dígito uno (1) y hacer figurar que el proceso tenía 21 y no 20 anexos. Concluye que ésta adición se produjo después del 9 de mayo de 1996 con ocasión de los reclamos formulados por él y su defensor, apoyados en los testimonios del señor Durango; de lo que deduce que es sólo a partir del 9 de mayo de 1996 que se informó a los sujetos procesales, que el proceso constaba de 21 anexos y no de 20, pero que en realidad el Anexo 21 fue entregado al Dr. Calvete el desde el 29 de marzo de 1996.

Concluye que al no haber tenido la defensa noticia oportuna de la existencia del Anexo 21, la posibilidad de controversia de la prueba en cuestión se difirió a la etapa de juzgamiento, en detrimento de sus intereses, pues la evaluación por parte del defensor de los elementos de juicio que permitirían resolver la conveniencia o no de la aceptación de cargos y la promoción de la sentencia anticipada, sólo se hizo en la segunda etapa del proceso. Y agrega que las pruebas dadas a conocer tardíamente a la defensa (a pesar de haberse incorporado el expediente con antelación), habrían modificado el curso del proceso y la estrategia defensiva; el hecho de no haberse conocido oportunamente (antes del cierre de la investigación) guarda estrecha relación con la cuantificación punitiva, dado que el cierre de la investigación determina el límite temporal para la rebaja de pena de una tercera parte por acogerse a la sentencia anticipada.

#### 1.4 Sobre la violación del derecho a la contradicción de la prueba por haberse impedido a la defensa interrogar al testigo Guillermo Pallomari

Según afirma el peticionario en el escrito de tutela, el señor Guillermo Pallomari fue el único testigo de cargo para su condena y tanto la Corte Suprema de Justicia (en la etapa de instrucción) como el Juez Regional (en la etapa del juicio) le negaron sistemáticamente el derecho a contrainterrogarlo.

Dice que al decretarse la prueba cuya práctica se haría en los Estados Unidos de América por hallarse el testigo bajo protección del Gobierno de ese país, no se dio un margen razonable para que la defensa tuviera la posibilidad de concurrir a la diligencia. Sostiene que tratándose de un país donde se requiere visa de ingreso, es de esperarse que entre el

decreto y la práctica de la prueba transcurra un lapso razonable para que la defensa (y los demás sujetos procesales) tengan la oportunidad de participar en su práctica. Dice además que en la providencia no se señaló con claridad, el lugar y la hora en que se llevaría a cabo la diligencia, a tal punto que ni siquiera el Ministerio Público pudo participar en su recepción.

Explica que la prueba fue decretada por el Magistrado Ricardo Calvete el jueves 30 de noviembre de 1995 a través de auto de cúmplase, providencia en la que no se especifica ni el día ni el lugar ni la hora señaladas para la diligencia. En la misma providencia se comisiona para la recepción del testimonio a los fiscales que estaban encargados de la indagatoria del señor Pallomari en los Estados Unidos. Dice que “por vía interna” se concertó con la Fiscalía la comisión correspondiente, “sin que en ningún documento al que pudiera acceder la defensa constara la fecha y lugar exacto de la práctica de la diligencia”, que el jueves 30 de noviembre se extendieron las órdenes de comisión a los funcionarios de la Fiscalía a través de la Resolución 1-0090 del 30 de noviembre de 1995, expedida directamente por el Vicefiscal de la Nación, y el domingo 3 de diciembre de 1995 los fiscales (con reserva de identidad) se desplazaron a los Estados Unidos, conociendo exclusivamente ellos el lugar y la hora de la práctica de la diligencia. El testimonio fue recogido el 6 de diciembre de 1995, con la ausencia del defensor del procesado y del Ministerio Público.

Precisa que el agente especial del Ministerio Público, en comunicación del 11 de diciembre de 1995, dirigida al Procurador Delegado para Asuntos Penales, informó que partió para la ciudad de Miami el día 4 de diciembre, y que no le fue posible participar en la diligencia, pues no se pudo encontrar con el agregado judicial de la Embajada de los Estados Unidos en Bogotá y recibió la orden de devolverse inmediatamente.

Dice que en el escrito que contiene el testimonio, sólo aparece la firma del señor Pallomari, sin que conste qué funcionarios colombianos o norteamericanos participaron en la diligencia. Aclara que aparece una firma del Jefe de la Unidad de Fiscalías del 12 de diciembre de 1995, la cual fue puesta en Bogotá, pues dicho funcionario no viajó.

Concluye además que en el decreto y la práctica de la prueba se violó el manual para el intercambio de pruebas con el exterior expedido por la Fiscalía General de la Nación con fundamento en el artículo 22 numerales 1 y 7 del Decreto 2699 de 1991.

1.5 Sobre la violación del principio según el cual no puede haber delito sin conducta (“nuestro derecho penal es de acto y no de autor”)

Afirma que las sentencias condenatorias violaron además el principio según el cual “no puede haber delito sin conducta”. Esto, porque los jueces pasaron por alto que las mal llamadas empresas de fachada se hubieran constituido legalmente, se hubieran inscrito en la Cámara de Comercio, el hecho de que el Banco contra el cual se libraron los cheques fuera en ese entonces una empresa del Estado (Banco de Colombia), y el hecho de que los títulos valores tengan carácter abstracto, esto es que se independizan del negocio jurídico que hayan tenido como causa. Por tanto, concluye, no se demostró la culpabilidad.

1.6 Sobre la violación del principio de investigación integral

Afirma que durante la investigación se violó el derecho fundamental al debido proceso, pues

sistemáticamente la Corte Suprema de Justicia negó la práctica de casi todas las pruebas solicitadas por la defensa con el objeto de demostrar la inocencia del sindicado, argumentando que eran inconducentes, impertinentes o superfluas, ya que “la investigación se encontraba perfeccionada en su totalidad”.

1.7 Sobre la violación del debido proceso por haberse valorado la confesión para obtener sentencia anticipada, como simple, siendo cualificada

Afirma que el 31 de marzo de 1997 solicitó sentencia anticipada, “(...) aceptando los hechos y dada la calificación jurídica que la jurisprudencia le da a los mismos, no me queda otra alternativa diferente que asumir la responsabilidad para beneficiarme de la rebaja de la sexta parte de la pena.”

A su juicio, se trató de una confesión cualificada, porque “dejé claro que el juicio ha estado carente de las garantías procesales y que aceptaba los hechos dada la calificación jurídica que la jurisprudencia le da a los mismos”. Dice que no aceptó que hubiera plena prueba para condenarlo, ni que existieran los suficientes elementos de juicio para proferir una sentencia condenatoria, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-425 de 1996.

1.8 Sobre la violación del debido proceso por desconocimiento del fuero constitucional que le correspondía en su calidad de congresista

Afirma que se le violó el derecho al fuero constitucional, y el principio de inmediación de la prueba, porque la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala Penal no realizó la investigación tendiente a recoger la mayoría de las pruebas, sino que éstas fueron practicadas por funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

## 1. La sentencia anticipada proferida por el Juez Regional de Bogotá

El doctor Rodrigo Garavito solicitó, mediante memorial del 31 de marzo de 1997, acogerse a la sentencia anticipada en la etapa de juzgamiento, una vez se había proferido la citación para sentencia, “aceptando los hechos y dada la calificación jurídica que la jurisprudencia le da a los mismos, asumiendo la responsabilidad, para beneficiarse con la rebaja de pena de la sexta parte y se le tenga en cuenta la confesión de los hechos que desde un comienzo fueron aceptados.”

A través de fallo del 12 de junio de 1997, el Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, profirió sentencia anticipada y resolvió condenar al peticionario en los siguientes términos:

“Primero: CONDENAR, anticipadamente a Rodrigo Garavito Hernández, de condiciones personales y civiles conocidas en el proceso, a la pena principal de NOVENTA Y CUATRO (94) MESES Y VEINTICINCO (25) DIAS DE PRISION Y MULTA DE TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES, TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 359.362.500), como autor responsable de los delitos de FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO, previsto en el art. 221 del C.P., en concurso homogéneo, y ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR, tipificado en el art. 10 del Decreto 2266/91 cometidos en las circunstancias descritas en la

parte motiva.

Segundo: CONDENAR, igualmente al procesado RODRIGO GARAVITO HERNÁNDEZ, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena principal.”

En la primera parte de la sentencia se hace una pormenorizada relación de las pruebas recogidas por la Corte Suprema de Justicia durante la investigación, entre ellas los documentos encontrados en los allanamientos realizados dentro del denominado proceso 8.000 a varios de los inmuebles de los señores Miguel y Gilberto Rodríguez Orejuela, documentación contable y cheques girados por personas vinculadas con Miguel Rodríguez a nombre de los titulares de cuentas abiertas realmente por el doctor Rodrigo Garavito, escrituras de constitución de las sociedades de los Rodríguez Orejuela y los certificados de Cámara de Comercio respectivos, contratos de cuenta corriente celebrados por dichas sociedades con varios bancos, las declaraciones de Guillermo Pallomari, la indagatoria de Julián Murcillo, inspección judicial al Hotel Intercontinental de Cali, y a las sucursales bancarias involucradas, diligencias de allanamiento a las oficinas de las empresas de los hermanos Rodríguez Orejuela, los testimonios recibidos de varios de los empleados del doctor Rodrigo Garavito Hernández y actas de inspecciones judiciales a las empresas de las cuales el doctor Garavito era socio. Pruebas de las cuales el Juez regional deduce la responsabilidad del peticionario.

En cuanto a la responsabilidad penal del procesado considera el Juez Regional que es innegable que Garavito recibió beneficios en servicios y dinero provenientes del narcotráfico, a través de las cuentas “de izquierda” o ficticias creadas por Miguel Rodríguez Orejuela, con la asesoría de Guillermo Pallomari, como lo afirmaron ellos mismos “en sus injuradas y testimonios, trasladados a esta investigación”. Garavito recibió desde el año de 1991 varios cheques de las cuentas fachada del confeso narcotraficante, además de ayuda para su campaña política, representada en 10 bultos de camisetas enviadas por la empresa Litofarallones de Cali. Además está probado que se hospedó en el Hotel Intercontinental de Cali, por cuenta de Miguel Rodríguez Orejuela.

Dice que está plenamente probado que Garavito abrió cuatro “cuentas paralelas” a nombre de sus empleados, para consignar allí los cheques recibidos de las “cuentas fantasma” o falsas pertenecientes a Miguel Rodríguez, y posteriormente depositarlos en las cuentas de sus empresas, o cambiarlos en efectivo y así ocultar su participación en el ilícito.

Dice que está plenamente establecido en el expediente que el doctor Rodrigo Garavito, incrementó sin justa causa su patrimonio, al haber recibido en beneficio propio, 23 cheques que en total suman \$410.700.000, por interpuesta persona, provenientes de un narcotraficante, como es Miguel Rodríguez Orejuela. En el fallo se hace una lista de los cheques, identificándolos con su número, el día en que fueron girados, el nombre del girador, a nombre de quién fueron girados, la cuenta de la cual provenían y la cuenta en la que fueron consignados.

Sin embargo, dice, es el propio Guillermo Pallomari, persona que manejaba directamente “el sistema financiero” de Miguel Rodríguez, quien en diligencia de indagatoria afirma que le manifestó a Miguel Rodríguez que estaba en la capacidad de “abrir cuentas corrientes,

mediante el mecanismo de sociedades creadas por él y con todos los requisitos legales”, y en la misma diligencia dice en forma detallada qué personas y por qué conceptos recibieron cheques de dichas cuentas.

Señala el Juez que el testigo Guillermo Pallomari dijo que el doctor Rodrigo Garavito participó en el “narco-proyecto” y que discutía sobre el tema con Miguel Rodríguez, y generalmente pedía que los cheques salieran a nombre de terceras personas y que éstos eran girados de las cuentas LTD4, LTD 4 especial y algunos de la LTD 2, cuentas “simuladas o ficticias” abiertas por el mismo Pallomari para manejar los dineros ilícitos. La LTD4 especial fue usada para pagar a algunos políticos, era la cuenta que aparecía a nombre de la sociedad “export-café Ltda.”, que fue abierta en el Banco de Colombia de Cali y de esa cuenta recibió Garavito, por interpuesta persona, varios cheques.

Con respecto al tipo penal de enriquecimiento ilícito de particular, afirmó el Juez Regional que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el delito es “especial y autónomo”.

Con respecto al ingrediente normativo según el cual el incremento patrimonial debe provenir de “actividades delictivas o ilícitas”, el Juez Regional trae a cuento la sentencia C-316 de 1996 de la Corte Constitucional, en la que citando al Magistrado Calvete Rangel, se dijo:

“El ingrediente normativo que contiene el tipo, según el cual el incremento patrimonial debe ser “derivado de actividades delictivas”, entendido según la sentencia de revisión constitucional como de narcotráfico, no puede interpretarse en el sentido de que debe provenir de una persona condenada por ese delito, pues el legislador hizo la distinción refiriéndose únicamente a la ‘actividad’, y dejando en manos del juzgador la valoración sobre si es delictiva o no, independientemente de que por ese comportamiento resulte alguien condenado.”

Además, dice el Juez Regional, que en el caso concreto, existen contra Miguel Rodríguez Orejuela, sentencias condenatorias por infringir el Estatuto Nacional de Estupefacientes, una conocida como hecho notorio, proferida por un Juez Regional de Cali, y la otra por un Juez Regional de Bogotá, el 21 de febrero de 1997, en la cual fue condenado a 23 años de prisión, y cuyo texto obra en el expediente, aunado al hecho de que él ha confesado en las declaraciones injuradas su participación en el negocio del narcotráfico que le dejó gran cantidad de dólares, para cuyo control abrió las cuentas fantasma, y que de esas cuentas salieron los cheques que recibió el doctor Rodrigo Garavito, “sin que ello signifique que deba existir una sentencia previa”.

Con respecto a la violación del debido proceso y del derecho de defensa por la imposibilidad de contrainterrogar al testigo Guillermo Pallomari, y conocer oportunamente el Anexo 21, el Juez Regional dice que ya la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la nulidad solicitada por los mismos hechos, negándola.

### 3. La sentencia del Tribunal Nacional

A través de sentencia del 24 de noviembre de 1997, el Tribunal Nacional decidió sobre los recursos de apelación interpuestos por la defensa del doctor Rodrigo Garavito y el agente del Ministerio Público contra la sentencia anticipada.

El Tribunal Nacional resolvió modificar la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

“Primero: MODIFICAR los numerales 1º y 2º de la sentencia objeto de apelación, en el sentido de que la pena principal a imponer al procesado RODRIGO GARAVITO HERNANDEZ será la de noventa meses (90) de prisión y multa por la suma de Trescientos cuarenta y dos millones doscientos cincuenta mil pesos (\$ 342´250.000) y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas correrá por el mismo lapso de la restrictiva de la libertad.

Segundo: ABSTENERSE de revisar el acuerdo por colaboración eficaz suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado, por las razones consignadas en la parte motiva.

En lo demás rige el fallo revisado.”

En cuanto a los alegatos sobre la violación de los derechos fundamentales y de los principios de legalidad, favorabilidad e irretroactividad de la ley, el Tribunal sostuvo que ni el procesado ni su defensa tienen interés jurídico para recurrir ya que uno de los elementos esenciales de la figura de la sentencia anticipada es que quién se acoge a ella no tiene la facultad de retractarse de la aceptación de los cargos imputados.

La sentencia de segunda instancia se concentra en la solicitud del Ministerio Público y de la defensa (formulada subsidiariamente) sobre la rebaja de pena por confesión y por haberse acogido el procesado a la sentencia anticipada.

A través de fallo del 2 de abril de 2001 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Edgar Lombana Trujillo, decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del doctor Rodrigo Garavito, contra la sentencia del Tribunal Nacional. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicitó también la casación oficiosa de la sentencia.

La Corte Suprema de Justicia resolvió “NO CASAR el fallo impugnado”.

Afirma en primer término la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema que el recurso de casación interpuesto por el doctor Rodrigo Garavito constituye realmente una “retractación” indebida de la aceptación que hizo en forma libre y consciente, de los cargos : “esto es de sustraerse a ese aspecto admitido sin condiciones ni reparos al acceder a la terminación anticipada del proceso, o en otros términos, de revivir como consecuencia de la anulación pretendida una controversia probatoria a la que renunció válidamente al optar por la sentencia anticipada”.

Con respecto a la violación del derecho a la contradicción de las pruebas, dice la Corte que las formas de terminación anticipada del proceso, como fórmulas del “derecho penal premial”, no dependen de lo demostrado o controvertido en la actuación sino de la intención del sindicado de contribuir a la eficacia y celeridad de la administración de justicia a través de la aceptación incondicional de su responsabilidad penal ante el aliciente de los beneficios en punto de la pena.

Sobre el conocimiento del “Anexo 21” dice la Sala de Casación que en la investigación, la Corte, de oficio, ordenó allegar al expediente los extractos y las consignaciones que se

podrían ubicar de las cuentas de donde había recibido Garavito los cheques. En cumplimiento de tal providencia se libró el oficio No. 971 del 21 de marzo de 1996 y la Comisión de Fiscales adscrita a la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá dio respuesta el día 29 de marzo, remitiendo la documentación solicitada, recibida en la misma fecha, y con la cual se conformó el cuaderno Anexo 21. A través del auto del 10 de abril del mismo año se corrió el traslado del dictamen grafológico realizado sobre la tarjeta de apertura de la cuenta en Davivienda a nombre de Fabio de Jesús Duque y se puso a disposición de las partes “la prueba ‘trasladada a las presentes diligencias’ dentro de la cual quedaba comprendida, obviamente, los documentos que integraban el aludido anexo.” El sindicato y su defensor fueron notificados de dicha providencia los días 10 y 15 de abril del mismo año.

Afirma la Sala que en todo caso, los documentos que integraban el Anexo 21 fueron conocidos por la defensa antes del cierre de la investigación, pues fueron citados en varios autos a través de los cuales se resolvieron recursos de reposición contra providencias que negaron la práctica de pruebas solicitadas por la defensa, por existir justamente dichos extractos y consignaciones “ya aportados por la Fiscalía”.

Concluye diciendo que si la defensa no se enteró oportunamente del cuaderno 21 fue por falta de diligencia del abogado suplente, quién no le solicitaba la información directamente a la Secretaria de la Sala Penal sino a otro funcionario (el señor Dennys Durango) que no tenía entre sus funciones la de suministrar informes de esa naturaleza a los litigantes, y por lo mismo no estaba enterado en detalle de todo el movimiento del proceso.

Sobre el conainterrogatorio al testigo Guillermo Pallomari dice la Sala de Casación Penal de la Corte que así se admita que por causas ajenas a la voluntad de la defensa de Garavito, se hizo imposible su intervención en la recepción del testimonio, el derecho de defensa no se violó pues fue garantizado por la existencia de otras posibilidades de contradicción de la prueba, como son: la contradicción argumentativa, el aporte de otras pruebas, la posibilidad de impugnar las decisiones en las que se concede a la prueba un mérito del cual se discrepa, y la posibilidad de demostrar la ilegalidad del medio o la forma como fue obtenida la prueba.

Sobre la ausencia de firmas de los fiscales encargados de la práctica de la diligencia en el acta del testimonio, argumenta la Sala que la autenticidad de dicho documento está certificada “el día 12 siguiente por el Jefe de la Unidad Antiextorsión y Secuestro de la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá”.

Concluye diciendo que aún si se aceptara en gracia de discusión que la prueba fue decretada o practicada con alguna anomalía, tal vicio sólo tendría la virtualidad de afectar dicha prueba, sin que los efectos puedan extenderse a toda la actuación, y sin que se configure un nulidad o el menoscabo de alguna garantía fundamental que amerite la intervención de la Corte para casar la sentencia.

Con respecto a la violación de los principios de legalidad y favorabilidad dice la Sala que al casacionista le falta interés jurídico para recurrir. Se apoya en los siguientes argumentos:

La sentencia anticipada tiene como requisito esencial que el sindicato acepte en forma libre, consciente e incondicional los cargos imputados desde dos puntos de vista: la imputación

fáctica y la imputación jurídica. La imputación fáctica alude a “la conducta o conductas objeto de reproche con precisión de las circunstancias que las especifican”, y la imputación jurídica, según la Sala de Casación Penal, quiere decir la precisión de las normas infringidas, que en cuanto a la tipicidad demanda la precisión de los tipos penales correspondientes a la denominación jurídica.

Aprecia la Sala que bajo el argumento de la inaplicación de los principios de legalidad del delito y de favorabilidad, se encubre, en el fondo “la inapropiada pretensión de retractarse de la aceptación de los cargos con fines de sentencia anticipada”.

A juicio de la Sala de Casación Penal, el sindicado y su defensor aceptaron expresamente la interpretación que se hacía en la resolución de acusación de los elementos integradores del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, específicamente el carácter autónomo de dicha figura. La controversia sobre las distintas interpretaciones de la Corte Constitucional sobre los elementos del tipo penal “en modo alguno se sustrajo al debate en el curso de las instancias”. En la diligencia de aceptación de cargos, “en torno a esas disímiles posturas de la Corte Constitucional respecto del ilícito en comento, el sindicado terminó asintiendo que para la fecha de la indagatoria “no existía certeza jurídica alrededor del tema, pero que con posterioridad el punto había sido decantado arrojando ‘claridad’”. Manifestación coincidente con la del abogado defensor al solicitar el atenuante por confesión, “en el entendido que el procesado admitió desde la indagatoria la conducta ‘desde el punto de vista naturalístico’, más no con su ‘exacta calificación jurídica’, precisamente, por la incertidumbre conceptual que existía inicialmente en este tópico”.

Con respecto a la solicitud de casación oficiosa formulada por el agente del Ministerio Público, por la violación de los principios de legalidad del delito, de favorabilidad y de no retroactividad de las sentencias de constitucionalidad, afirma la Corte que no controvierte el marco conceptual dentro del cual se propone el planteamiento de la Procuraduría delegada: resulta inobjetable la consagración en el ordenamiento jurídico penal de los principios de legalidad del delito, de favorabilidad, los efectos erga omnes de los fallos de control constitucional de la Corte Constitucional, y los efectos ex nunc y no retroactivos que por regla general tienen los fallos emitidos en virtud del control constitucional.

Dice que el punto de discrepancia con el concepto del ministerio público es que a juicio de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema la sentencia C-127 de 1993, no establece una constitucionalidad condicionada del tipo del enriquecimiento ilícito de particular a la interpretación que trae el cuerpo del fallo sobre el ingrediente normativo de las actividades ilícitas. Los “comentarios” esbozados por la Corte Constitucional con respecto al citado ingrediente normativo del tipo penal en la mencionada sentencia no constituyen ratio decidendi del fallo, sino que tienen el valor de obiter dicta. Y en este sentido no guardan relación directa con la parte resolutive del fallo, y por ende no son obligatorias. Estas “lacónicas reflexiones” constituyen un mero criterio auxiliar en la interpretación del derecho.

Afirma que es tan cierto este planteamiento, que la misma Corte Constitucional en la sentencia C-319/96, dice que no se trata de un cambio de jurisprudencia porque se mantiene la decisión de constitucionalidad del tipo penal y que tan solo se reconsidera la parte motiva,

que conforme a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas del derecho en general. Cita la sentencia SU-047/99 en un aparte en que refiriéndose a la C-319/99, dice que la Corte concluyó que no había cambio de jurisprudencia, “por cuanto esas consideraciones no eran vinculantes, al no estar indisolublemente ligadas a la decisión de exequibilidad.”

El Conjuez José Ignacio Talero L. salvó el voto, considerando que debía casarse la sentencia recurrida, en aplicación del principio de favorabilidad, ya que en el momento de ejecución del hecho punible, el tipo de enriquecimiento ilícito de particular debía entenderse como un delito derivado, y no está demostrada la fuente ilícita de los dineros recibidos.

#### 5. Escrito del Magistrado Edgar Lombana Trujillo en respuesta a la acción de tutela

En su calidad de Magistrado ponente del fallo de casación cuya revocatoria se pretende, por constituir, a juicio del accionante, una vía de hecho, el Dr. Edgar Lombana Trujillo hace las siguientes precisiones con respecto a los puntos en discusión:

En primer lugar hace algunas consideraciones generales sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Dice que en el caso concreto de Rodrigo Garavito es evidente que el fallo de casación no está incurso en ninguna de las causales que ha establecido la jurisprudencia para la procedencia del amparo: el pronunciamiento de la Corte Suprema no es arbitrario, no carece de fundamento objetivo, y no es contrario a la Constitución ni a la ley.

Explica que el recurso extraordinario de casación implica “un juicio técnico-jurídico contra el fallo”, y no constituye una tercera instancia, “pues aún la facultad de intervención oficiosa se encuentra expresamente reglada”.

Afirma el Magistrado que el doctor Rodrigo Garavito pretende convertir la tutela en una instancia adicional para obtener del juez constitucional un nuevo examen de los temas que fueron ampliamente debatidos en el curso del proceso. Dice que resulta “insólita” la pretensión del actor de revivir la controversia sobre su responsabilidad penal, cuando el fallo de primera instancia fue el resultado de su “allanamiento libre, consciente e incondicionado, con fines de sentencia anticipada, a los cargos elevados en la resolución de acusación”.

A su juicio, en virtud del principio democrático de la autonomía judicial, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, principio al que le atribuye dos consecuencias aplicables al caso en cuestión: la primera, la libertad de interpretación que la Constitución y la ley le confiere a los jueces, pero “no con un carácter absoluto pues la realización del derecho debe aparecer racional y armonizada con los principios consagrados en la Carta Política que impregnan todo el ordenamiento jurídico”; la segunda, el carácter restrictivo en la valoración de las “vías de hecho”, pues este juicio no puede conducir a la “intromisión” en la autonomía de los jueces en detrimento de la seguridad jurídica y del principio de la “intangibilidad de las decisiones judiciales”.

Con respecto a los hechos concretos sobre el ocultamiento del cuaderno “Anexo 21” y el conainterrogatorio del testigo Guillermo Pallomari en que se fundamenta el peticionario en el escrito de tutela, el magistrado insiste en que además de haber sido planteados en el

curso de las instancias, fueron objeto de amplias consideraciones en la sede extraordinaria y se remite a las motivaciones consignadas en la sentencia de casación.

Sobre el asunto del desconocimiento del fuero constitucional que amparaba a Garavito en su calidad de congresista, sostiene que éste derecho en manera alguna riñe con la facultad de comisionar a los funcionarios judiciales para la práctica de diligencias, que está regulada de forma general en el artículo 82 del C.P.P.

#### 6. La sentencia que decide en primera instancia sobre la solicitud de tutela

A través de fallo del 8 de mayo de 2001, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, con ponencia del Dr. Alberto Vergara Molano, decidió sobre la tutela impetrada por el doctor Rodrigo Garavito contra el Juez Regional de Bogotá, el Tribunal Nacional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La Sala considera que las sentencias cuya revocatoria se pretende a través de la tutela no constituyen vías de hecho ya que los argumentos planteados como fundamento de la tutela, fueron ampliamente discutidos en instancias anteriores y fueron objeto de solicitudes de nulidad, oportunamente resultas por los jueces competentes.

A juicio de la Sala, el peticionario pretende a través de la tutela que se revoquen las decisiones por las cuales se definió su responsabilidad penal y en cambio se declare su inocencia, petición que es improcedente, pues choca con la aceptación de cargos que hizo, acto para el cual la defensa seguramente conocía de antemano las pruebas que obraban en el expediente, y el valor que tenían en el establecimiento de la responsabilidad penal del sindicado.

La Sala dice no haber encontrado “malicia, abuso o discrecionalidad” alguna en los fallos acusados. Afirma que en cambio se aprecia una “actuación desprevenida y diáfana”, ya que hubo una juiciosa valoración de las pruebas, que junto con la aceptación de cargos por parte del peticionario, permiten concluir que se garantizó su derecho a la defensa y en consecuencia el debido proceso.

#### 7. Las Pruebas

A través de Auto del 12 de julio de 2001, la Sala Sexta de Revisión de ésta Corte resolvió ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que remitiera al Despacho del Magistrado Sustanciador, el Expediente No. T-151643 donde consta la actuación correspondiente a la tutela instaurada por el doctor Rodrigo Garavito contra el Juez Regional de Bogotá el 29 de septiembre de 1997, decidida en primera instancia por dicho Tribunal, mediante sentencia del 24 de agosto de 1998.

El Tribunal cumplió oportunamente con lo ordenado.

En el expediente original y en el expediente cuya remisión se ordenó obran, entre muchas otras, las siguientes pruebas:

- \* Los fallos cuya revocatoria se pretende
- \* Copia de gran parte del expediente de la etapa instructiva del proceso adelantada por la Corte Suprema de Justicia, incluidos los cuadernos referentes al decreto y práctica de pruebas
- \* Copia del acta de sentencia anticipada, diligencia llevada a cabo el 5 de mayo de 1997 en el Juzgado Regional de Bogotá
- \* Copia de varios documentos relacionados con el traslado de la prueba denominada “Anexo 21”, entre ellos actas de actuaciones disciplinarias internas adelantadas por la Corte Suprema de Justicia
- \* Copia del cuaderno denominado “Anexo 21”
- \* Copia de varios documentos relacionados con el decreto y práctica del testimonio de Guillermo Pallomari en los Estados Unidos de América
- \* Copia de la sentencia anticipada proferida contra los hermanos Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela el 16 de enero de 1997 por un Juez Regional de Cali

## II CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Los problemas jurídicos

La Sala Plena debe determinar si las sentencias proferidas por el Juez Regional de Bogotá el 12 de junio de 1997, el Tribunal Nacional el 24 de noviembre de 1997 y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 2 de abril de 2001, constituyen “vías de hecho”, y por lo tanto se hace necesaria la intervención del juez constitucional para restablecer los derechos fundamentales del accionante.

La Corte debe abordar dos tipos de problemas. El primero se enmarca dentro del campo de la aplicación de la ley penal sustancial en relación con el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho, y el segundo tipo de problemas hace relación a la garantía de los derechos al debido proceso y a la defensa en el decreto y práctica de las pruebas dentro de la investigación penal.

Las siguientes preguntas delimitan el primer conjunto de problemas que estudiará la Corte:

Se violaron en los fallos acusados los principios de legalidad del delito, de no retroactividad de la ley penal y de favorabilidad, al condenar al doctor Rodrigo Garavito por el delito de enriquecimiento ilícito de particular?

La interpretación del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares alegada por el peticionario a lo largo del proceso penal y en el escrito de tutela, según la cual la conducta es típica si y sólo si el enriquecimiento se obtiene de una persona condenada penalmente por un hecho ilícito, es la interpretación que ha debido aplicarse al caso concreto? Es ésta la interpretación que se deriva de la sentencia C-127/93?

En caso de resultar que hubo una aplicación errónea de la ley, constituye este yerro una “vía de hecho”?

El segundo problema que debe abordar la Corte es si los hechos relatados por el peticionario con respecto al decreto y la práctica del testimonio de Guillermo Pallomari, y al traslado de la prueba denominada “Anexo 21”, conforme al acervo probatorio que obra en el expediente, constituyen una violación a los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y la contradicción de la prueba.

Y en caso de resultar así, debe precisarse si tales errores significan la existencia de “vías de hecho”.

2.1 La procedencia de la tutela contra providencias judiciales. La doctrina de las “vías de hecho”.

Por sentencia C-543/1992, se declararon inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, normas que consagraban la posibilidad de interponer acción de tutela contra providencias judiciales y fallos ejecutoriados. Sin embargo, en la misma sentencia se admitió excepcionalmente la procedencia de la tutela contra providencias judiciales en tres situaciones: el incumplimiento y falta de diligencia de los términos procesales que delimitan el curso de un proceso, cuando exista una “vía de hecho” y cuando la providencia judicial pueda causar un perjuicio irremediable.

A partir de éste primer fallo, la Corte Constitucional ha consolidado la línea jurisprudencial sobre las “vías de hecho”, entendiendo como tales aquellas actuaciones arbitrarias que el funcionario judicial desarrolla dentro de la dirección y sustanciación de un proceso. La jurisprudencia ha construido la siguiente definición: Las vías de hecho son aquellas actuaciones que carecen de fundamento objetivo, obedecen a la sola voluntad o capricho del funcionario judicial y que tienen como consecuencia la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de la persona. ( T-079/93, T-424/93, T-55/94, T-204/98).

Se ha precisado también que la providencia que constituye una vía de hecho, “prima facie pareciera reflejar los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico vigente, dada la calidad de autoridad del funcionario que la profiere y de la potestad que ejerce, pero que bajo un examen más estricto tales supuestos resultan descartados” (T-204/98)

En la sentencia T-567/98, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se establecieron una suerte de causales para la existencia de vías de hecho:

“una providencia judicial constituye una vía de hecho cuando (1) presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que

el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones. En suma, una vía de hecho se produce cuando el juzgador, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico.”<sup>1</sup>

La jurisprudencia constitucional ha sido particularmente cuidadosa en evaluar la existencia de vías de hecho cuando se trata de valoración de las pruebas e interpretación de las normas, considerando que en estos ámbitos está especialmente comprometida la autonomía funcional de los jueces y la independencia en las decisiones judiciales. En la sentencia T-01/99 (M.P. José Gregorio Hernández) se advirtió:

“La Corte debe reiterar que, en principio, el procedimiento de tutela no puede utilizarse para obtener que un juez diferente al que conoce del proceso ordinario intervenga inopinadamente para modificar el rumbo del mismo con base en una interpretación diversa - la suya-, pretendiendo que, por haber entendido las normas pertinentes de una determinada manera, incurrió el primero en una vía de hecho”.

En materia de pruebas, se ha considerado que la tutela procede “cuando se observa que de una manera manifiesta aparece irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia”. (T-442/94, M.P. Antonio Barrera). En la misma sentencia se precisa cuándo la evaluación probatoria es irracional: “No se adecua a este desideratum la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o de la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente”. En la T-329/96 (M.P. José Gregorio Hernández) se indicó: “Cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela”. Y en similar sentido se pronunció la SU-477/97 (M.P. Jorge Arango): “La falta de consideración de un medio probatorio que determina el sentido de un fallo, constituye una vía de hecho susceptible de control por vía de tutela”.

En el campo de la interpretación jurídica, la Corte ha adoptado también un criterio restrictivo al evaluar la existencia de vías de hecho. En la sentencia T-001/99 se dijo:

“Por tanto, mientras se apliquen las disposiciones pertinentes, independientemente de si otros jueces comparten o no la interpretación acogida por el fallador, no existe la vía de hecho, sino una vía de derecho distinta, en sí misma respetable si no carece de razonabilidad. Esta, así como el contenido y alcances de la sentencia proferida con ese apoyo, deben ser escrutados por la misma jurisdicción y por los procedimientos ordinarios, a través de los recursos que la ley establece y no, por regla general, a través de la acción de tutela”.

En Sentencia No. T-231 de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, se precisó lo siguiente:

“Obsérvese que los defectos calificados como vía de hecho son aquellos que tienen una dimensión superlativa y que, en esa misma medida, agravan el ordenamiento jurídico. Los errores ordinarios, aún graves, de los jueces in iudicando o in procedendo, no franquean las puertas de este tipo de control que, por lo visto, se reserva para los que en grado absoluto y protuberante se apartan de los dictados del derecho y de sus principios y que, por lo tanto, en la forma o en su contenido traslucen un comportamiento arbitrario y puramente voluntarista por parte del juez que los profiere.” (Negrillas ajenas al texto)

Y en sentencia T-267/2000 se dijo:

“Diferente es el caso de la ostensible aplicación indebida de una norma, en cuya virtud se pretende lograr que los hechos quepan en ella, aun contra toda evidencia. Allí puede darse la vía de hecho, como lo ha admitido esta Corte, si por haberse forzado arbitrariamente el ordenamiento jurídico se han quebrantado o se amenazan derechos constitucionales fundamentales (Cfr., por ejemplo, la Sentencia T-765 del 9 de diciembre de 1998).”

En conclusión, no procede la tutela por diferencia en las interpretaciones y sólo excepcionalmente cabe en las circunstancias antes indicadas.

## 2.2 El tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares.

El primer problema jurídico que debe abordar la Sala es, como se dijo arriba, si el peticionario fue juzgado conforme a la ley preexistente al acto que se le imputó, o si, por el contrario, se le aplicó retroactivamente una regla de derecho. Se trata de determinar cual era la interpretación constitucional del ingrediente normativo “derivado, de una u otra forma, de actividades delictivas” contenido en el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, aplicable al caso concreto.

La Corte debe precisar si la interpretación del ingrediente normativo que hace el peticionario en sus escritos y que a su juicio conduciría a la atipicidad de la conducta, es la interpretación que resulta del fallo del 30 de marzo de 1993, o si por el contrario, el sentido que el Tribunal Constitucional quiso darle a la norma es uno distinto.

El valor normativo de los precedentes constitucionales

En primer lugar, la Sala Plena considera oportuno reiterar su jurisprudencia sobre el valor normativo de los precedentes constitucionales en materia de control abstracto de constitucionalidad, ya que el peticionario alega que la regla de derecho que fue inaplicada en su caso, es una supuesta regla establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-127 de 1993.

La Corte Constitucional ha dicho reiteradamente, desde sus comienzos, que las decisiones de la Corporación que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional son fuente formal de Derecho, y constituyen doctrina constitucional obligatoria (C-131/93, C-083/95, C-037/96, SU-047/99, C-836/2001).

En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte

Constitucional ha usado los conceptos de *Decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o “dichos de paso”, no tienen poder vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación. (se sigue aquí la sentencia SU-047/99)

En el mismo sentido, en la sentencia C-037 de 1996 la Corte admitió que “tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.”

En la SU-047 de 1999, la Corte Constitucional entendió que el fundamento del carácter vinculante general de la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales, es que los jueces deben fundar sus decisiones, no en criterios *ad-hoc*, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales, o en reglas universales que han adoptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. El juez debe hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el “deber mínimo” de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.

En la sentencia que se viene siguiendo, se precisa que “en realidad son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente ‘puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores’”. El juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto.

Con base en estas consideraciones, la Sala determinará en el aparte siguiente si el argumento que aduce el peticionario como *ratio decidendi* de la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito de particulares en la sentencia C-127 de 1993, tiene el carácter de tal, o si constituye más bien un *obiter dicta*.

2.2.1 La interpretación constitucional del ingrediente normativo “derivado, de una u otra forma, de actividades delictivas”.

El peticionario alega que la sentencia condenatoria proferida contra él violó el principio de legalidad ya que para la época de los hechos el delito de enriquecimiento ilícito de particulares se tenía como “DERIVADO”, “por requerir la prueba de las ‘actividades delictivas’ a que se refiere, y que constitucionalmente no se ve como podrían probarse sin sentencia judicial previa o coetánea”, y que “(...) tanto en la sentencia de condena de la primera

instancia, como en la que la confirmó, la ilicitud de ese incremento se ha supuesto a partir del nombre de la persona que supuestamente ordenó los pagos, y que para la época de los hechos no solo no estaba sindicada, sino que ni siquiera registraba en su contra orden de captura (nos referimos al señor Miguel Rodríguez Orejuela)”.

El peticionario sostiene que la interpretación anterior, que a su juicio se desprende del fallo de constitucionalidad del 30 de marzo de 1993, hizo parte del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares hasta la expedición del fallo C-319 de 1996, en el cual la Corte se pronunció de nuevo sobre la constitucionalidad del mismo tipo penal y “reconsideró” su jurisprudencia anterior. Teniendo en cuenta que los actos constitutivos de la responsabilidad penal que se le imputa fueron cometidos durante los años de 1991 a 1995, sostiene el accionante que la norma penal aplicable, por ser preexistente a este lapso de tiempo, era el tipo de enriquecimiento ilícito de particulares consagrado en el Decreto 1895 de 1989 y reproducido en el Decreto 2266 de 1991, delito tipificado “con precisión de alcance constitucional, como DERIVADO y no AUTÓNOMO” por la Corte en el fallo del 30 de marzo de 1993.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia sostuvo, en el fallo que resuelve el recurso extraordinario de casación, que “las lacónicas reflexiones” formuladas por la Corte Constitucional en la sentencia C-127/93 constituyen y tienen el valor de obiter dicta y no de ratio decidendi, “su contenido revela que se trató de conceptos tangenciales y sugeridos, enunciados más allá de lo que resultaba necesario para la decisión de mantener la norma examinada dentro del ordenamiento jurídico, dotados simplemente de una fuerza simplemente persuasiva o de criterio auxiliar en la interpretación del derecho.”

Con relación a las distintas posturas de la Corte Constitucional con respecto a la estructura del tipo penal, argumenta la Corte Suprema de Justicia que en la diligencia de aceptación de cargos, tanto el sindicado doctor Garavito Hernández, como su defensor, manifestaron “expresa conformidad” “con la interpretación que se hacía en la providencia acusatoria de los elementos integradores de la figura del enriquecimiento ilícito de particulares, específicamente, acerca del carácter autónomo de dicho reato, frente a la cual se pretende la inaceptable retractación.”

Después de estudiar cuidadosamente la jurisprudencia constitucional y la doctrina especializada en relación con el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, encontró esta Corte que la interpretación cuya aplicación pretende el peticionario a su caso, no tiene fundamento legal, ni jurisprudencial alguno.

Observa la Corte que la concepción del delito de enriquecimiento ilícito de particulares como delito derivado, que se adoptó en el fallo de constitucionalidad del 30 de marzo de 1993, no implica, desde ningún punto de vista, la tesis que formula el doctor Rodrigo Garavito, según la cual la persona de la cual se obtiene el enriquecimiento debe haber sido condenada penalmente por el delito fuente, con anterioridad al momento de la recepción del dinero, los bienes o servicios que constituyen el incremento patrimonial.

Veamos entonces las interpretaciones que del tipo penal ha hecho la Corte Constitucional:

En sentencia del 3 de octubre de 1989 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia revisó

oficiosamente el Decreto 1895 de 1989 y declaró la constitucionalidad de la norma "... con las precisiones de la parte motiva". Estas precisiones hacían referencia a que "las expresiones actividades delictivas se refieren únicamente al delito de narcotráfico y sus conexos".

La sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993

A principios de 1993, los ciudadanos Reinaldo Botero Bedoya y María Consuelo del Río Mantilla en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad demandaron la inexecutable del Decreto 2266 de 1991, por medio del cual adquirieron el carácter de normas permanentes varias disposiciones contenidas en Decretos de excepción dictados desde 1986 hasta 1991. El Decreto incorporó varias normas penales dictadas en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio declarado por el Decreto 1038 de 1984, entre ellas las que consagraban los tipos penales de terrorismo, instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas, y homicidio con fines terroristas, contenidas en el llamado "Estatuto para la Defensa de la Democracia", y el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, tipificado originalmente en el Decreto 1895 de 1989.

Los demandantes argumentaban que todas las disposiciones contenidas en el Decreto acusado contenían "tipos penales abiertos, abstractos, ambiguos, e indeterminados" que daban lugar a una discrecionalidad del juez "a efecto de que éste legisle sobre la tipicidad y la culpabilidad, determinando la existencia del hecho punible atendiendo a valoraciones subjetivas", violándose de esta manera el principio de tipicidad de la ley penal. El Procurador General de la Nación conceptuó que la falta de precisión y claridad en cuanto a los valores protegidos que subyacen a las conductas definidas en el Decreto acusado, en efecto lesionaban el principio de legalidad; en cuanto a la violación del principio de tipicidad, compartió la posición de los demandantes.

El asunto fue decidido a través de la sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993 con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero. Los fundamentos jurídicos del fallo están divididos en dos partes. En la primera la Corte hace un análisis general del Decreto 2266 de 1991: transcribe los considerandos del Decreto 1038 de 1984 por el cual se decretó el Estado de Sitio y hace un estudio sobre la teoría de los tipos penales abiertos. En la segunda parte se analiza el articulado del Decreto acusado.

Dentro del numeral 3º, "Análisis General del Decreto 2266 de 1991", dice expresamente: "La Corte Constitucional estima que el Decreto 2266 de 1991 es conforme con la Constitución, en lo relativo a la acusación de los tipos abiertos, con base en las siguientes consideraciones:" (las cursivas son originales del texto)

La mayor parte del análisis que sigue está dedicada al delito de terrorismo; la Corte aborda lo que tiene que ver con "el delito político y el terrorismo", "el terrorismo en los pactos internacionales sobre derechos humanos", el "tratamiento del terrorismo en derecho comparado", "el terrorismo en el derecho colombiano" y "las garantías constitucionales y legales del terrorismo".

En el numeral 6º se aborda el estudio particular del articulado del Decreto 2266 de 1991. Luego de transcribir cada una de las normas penales, la Corte hace breves formulaciones al

respecto.

En cuanto a la norma que interesa al asunto objeto del presente fallo, la que consagra el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares, dijo la Corte lo siguiente (se transcribe en su integridad el aparte correspondiente):

“Artículo 10º del Decreto 2266 de 1.991. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1895 de 1.989.

El Decreto 1895 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de octubre 3 de 1.989. En el artículo 1º de dicho Decreto, incorporado por la norma revisada, dice:

Artículo 1º: El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá por ese sólo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado.

La expresión “de una u otra forma”, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.”

La parte resolutive del fallo dice:

“RESUELVE:

PRIMERO: Declarar EXEQUIBLE el Decreto 2266 de 1991, con excepción de las expresiones “intendente”, “comisario”, “suplente”, “Concejos Intendenciales”, “Concejos Comisariales”, “Subdirector Nacional de Orden Público” y “Director Seccional de Orden Público”, por las razones expuestas en esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.”

La sentencia C-319 del 18 de julio de 1996

En 1996, el ciudadano Jaime Gaviria Bazzani, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad demandó la inexecutable de los artículos 148 del Código Penal y 1º del decreto ley 1895 de 1989. La primera norma consagra el tipo penal de enriquecimiento ilícito de servidores públicos y la segunda, como se expuso arriba, el tipo de enriquecimiento ilícito de particulares.

El actor consideró que la expresión “no justificado”, contenida en ambas normas, violaba el debido proceso, ya que a su juicio trasladaba la carga de la prueba al sindicado, quien “debe ponerse en la tarea de justificar todos y cada uno de los ingresos y de los bienes de fortuna

que posea”, cuando es a la administración de justicia a quien le corresponde la función investigadora en aras de recaudar los medios probatorios idóneos para abrir las causas penales del caso.

Con respecto al artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, el Fiscal y el Procurador General Nación solicitaron a la Corte Constitucional, se declarara inhibida para fallar, ya que se trataba de una cosa juzgada, pues la norma había sido declarada constitucional a través de sentencia C-127/93.

El asunto fue decidido a través de sentencia C-319 del 18 de julio de 1996, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa. Los magistrados Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz salvaron el voto en escrito conjunto; también salvó el voto el magistrado Jorge Arango Mejía.

La Corte, siguiendo un criterio eminentemente formal, asumió la competencia para conocer del artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, argumentando que aunque la redacción de la norma es idéntica a aquella que fue objeto de la sentencia C-127/93, las normas son diferentes “en razón a las fuentes formales de validez” y que el artículo demandado aún está produciendo efectos en forma autónoma.

La mayoría de la Sala consideró que se hacía necesario “reconsiderar” el planteamiento hecho en la parte motiva de la sentencia C-127/93:

Sostuvo la Corte que el ingrediente normativo “derivado, de una u otra forma , de actividades delictivas”, “en manera alguna debe interpretarse en el sentido de que deba provenir de un sujeto condenado previamente por el delito de narcotráfico o cualquier otro delito. No fue eso lo pretendido por el legislador; si ello hubiera sido así, lo hubiera estipulado expresamente. Lo que pretendió el legislador fue respetar el ámbito de competencia del juez, para que fuera el quién estableciera, de conformidad con los medios de prueba y frente a cada caso concreto, la ilicitud de la actividad y el grado de compromiso que tuviese con la ley el sujeto activo del delito.”

Concluyó la mayoría de la Sala que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares es un “delito especial y autónomo”, al cual puede adecuarse la conducta, sin esperar un fallo previo de otro sujeto por otro delito.

Finalmente precisa la Sala con respecto a la sentencia C-127 de 1993, que “no se trata en este caso de un cambio de jurisprudencia, por cuanto, por una parte, la decisión adoptada en esa providencia fue de exequibilidad de las normas acusadas, es decir del delito de enriquecimiento ilícito tal como estaba concebido en ellas y, por otra parte, el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, que fue declarado exequible por esta Corte establece, respecto de las sentencias de la Corte Constitucional proferidas en cumplimiento del control constitucional que “sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive”, y que “la parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general”. (subrayas ajenas al texto)

En consecuencia, la Corte resolvió declarar “EXEQUIBLE el artículo 1o. del Decreto 1895 de

1989”.

El salvamento de voto suscrito por los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, éste último a la vez ponente de la sentencia C-127 de 1993, contiene un aparte que se refiere expresamente al problema de la interpretación del ingrediente normativo del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares: “derivado, de una u otra forma, de actividades delictivas”:

Los magistrados que disienten de la posición mayoritaria, explican que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares es un delito derivado, “lo es a tal punto, que el tipo penal lo establece. En su propia descripción normativa está incorporada la acepción ‘derivado’”.

Se apartan de la mayoría porque en la posición adoptada por la Sala no hay cabida para pensar cómo se estructuran dos conductas derivadas, cómo obra la conexidad entre ellas, que tipo de declaraciones judiciales se requieren para deducir los efectos de una conducta sobre la otra. “Se evade así el estudio riguroso de aspectos de fondo en relación con la figura de enriquecimiento ilícito de particulares”.

Con respecto a la cuestión del momento procesal en que debe existir la declaración judicial exigida por el fallo de constitucionalidad del 30 de marzo de 1993, el salvamento de voto expresó lo siguiente:

“Para iniciar el proceso por enriquecimiento ilícito, no se exigiría que el delito anterior haya sido establecido judicialmente mediante sentencia en firme. Si no se ha iniciado el proceso por el delito previo, el juez adelantará lo pertinente frente a las autoridades competentes, para que se inicie. Si por alguna razón no es posible acumular los dos procesos, el juicio por enriquecimiento ilícito queda aplazado hasta que no haya una declaración judicial definitiva sobre el otro proceso. En todo caso la condena por enriquecimiento no puede tener lugar si primero no se ha reconocido judicialmente como existente, en todos sus elementos esenciales de acuerdo a la aplicación estricta del principio de demostrabilidad, el delito precedente.

Así entonces, no se requeriría de condena definitiva por el delito previo, para comenzar a investigar el enriquecimiento ilícito, pues no es delito querellable, sino de investigación oficiosa, y todo hecho punible origina acción penal (Código de Procedimiento Penal art. 23)” (subrayas ajenas la texto).<sup>2</sup>

La Sala estima que el párrafo de la Sentencia C-127 de 1993, en el que se hace alusión al delito de enriquecimiento ilícito de particulares y se dice que el incremento patrimonial no justificado debe derivarse de actividades delictivas, y que las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas para no violar el debido proceso, ni el artículo 248 de la Constitución Política, no constituye la ratio decidendi de la constitucionalidad de la norma que contiene dicho tipo penal, por las siguientes razones:

En primer lugar porque no se trata de una constitucionalidad condicionada, sino de una constitucionalidad simple.

En segundo lugar, porque es la misma Sala Plena de la Corporación, la que así lo ha afirmado en dos oportunidades. La primera, en la misma sentencia C-319 de 1996, en la que se precisó la jurisprudencia anterior, y la segunda, en la sentencia SU-047 de 1999, con ponencia de los Magistrados Alejandro Martínez y Carlos Gaviria, el primero de los cuales fuera el ponente de la C-127 de 1993. Dice expresamente la sentencia de unificación:

“En segundo término, en varios casos, esta Corte ha aplicado las anteriores distinciones (hace referencia a los conceptos de ratio decidendi y obiter dicta), con el fin de mostrar que una aparente variación de una doctrina constitucional sentada en una decisión anterior, en realidad no tenía tal carácter, sino que constituía la mera corrección de una opinión incidental de la parte motiva. Así, al reexaminar el alcance del delito de enriquecimiento ilícito en la sentencia C-319 de 1996, esta Corporación explícitamente se apartó de los criterios que había adelantado sobre ese delito en una decisión anterior (sentencia C-127 de 1993), en donde había sostenido que para que una persona pudiera ser condenada por ese hecho punible, las actividades delictivas de donde derivaba el incremento patrimonial debían estar judicialmente declaradas. Sin embargo, la Corte invocó las anteriores decisiones y concluyó que no había cambio de jurisprudencia, por cuanto esas consideraciones no eran vinculantes, al no estar indisolublemente ligadas a la decisión de exequibilidad.” (subrayas ajenas al texto)

En tercer lugar, porque en la sentencia C-064 de 1994, en la cual se estudió la constitucionalidad del tipo penal de enriquecimiento ilícito derivado del secuestro, si bien se entendió que el incremento patrimonial no justificado debe derivarse del secuestro de manera directa o indirecta, no se reiteró la consideración de que debería existir una condena judicial del delito de secuestro, para que el enriquecimiento derivado del mismo fuera una conducta típica.

Como se explico arriba, son los fallos de los jueces posteriores, o del mismo juez en casos ulteriores, los que determinan si una consideración tiene el alcance de ratio decidendi, y si en consecuencia, adquiere fuerza vinculante. En el caso que ahora estudia la Corte, se demostró que la consideración que se hizo sobre el delito de enriquecimiento ilícito de particulares en la sentencia C-127 de 1993, no fue recogida por la misma Corte Constitucional en los fallos posteriores, como en la sentencia C-604 de 1994 en la que se estudió la norma que contenía el tipo penal del enriquecimiento ilícito derivado del secuestro.

La Sala concluye que la supuesta regla que pretende hacer valer el peticionario en el caso, no pasa de ser un obiter dicta o “dicho de paso”, que carece de valor normativo. Además, como se explicará en el siguiente aparte, la interpretación que hace el Dr. Rodrigo Garavito del ingrediente normativo del tipo penal no se desprende de la jurisprudencia constitucional.

### 2.2.1 La aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares en el caso concreto

Ahora se analizará a la luz de la jurisprudencia constitucional la interpretación del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares que según el peticionario doctor Rodrigo Garavito ha debido aplicarse en su caso. Sostiene el doctor Garavito que en la sentencia condenatoria que se profirió contra él se violó el principio de legalidad porque se aplicó retroactivamente

la concepción del delito como autónomo en vez de haberse entendido, conforme a la sentencia C-127 de 1993, que se trataba de un delito derivado y que en consecuencia la conducta que se le imputa es atípica ya que, “la ilicitud de ese incremento se ha supuesto a partir del nombre de la persona que supuestamente ordenó los pagos, y que para la época de los hechos no solo no estaba sindicada, sino que ni siquiera registraba en su contra orden de captura (nos referimos al señor Miguel Rodríguez Orejuela)”.

De la revisión detallada que se acaba de hacer de los fallos de constitucionalidad, resulta que la interpretación del ingrediente normativo del tipo de enriquecimiento ilícito: “derivado, de una u otra forma, de actividades delictivas” que formula el peticionario, según la cual el delito fuente debe estar judicialmente declarado (en sentencia condenatoria) al momento de la ocurrencia de los hechos que configuran el enriquecimiento, no se desprende del fallo C-127 de 1993.

En otras palabras: la pretensión del doctor Garavito de que el señor Miguel Rodríguez Orejuela ha debido estar condenado judicialmente en el momento en que él (Garavito) recibió los cheques girados contra cuentas bancarias de las empresas manejadas por Rodríguez Orejuela, para que la conducta pueda ser tenida válidamente como típica, no puede razonablemente sustentarse en la consideración que se hizo en la sentencia C-127 de 1993 en relación con el tipo de enriquecimiento ilícito de particulares.

El único párrafo del fallo del 30 de marzo de 1993 que se refirió expresamente al tipo de enriquecimiento ilícito de particulares, cuyo texto completo se transcribió arriba, dice que la expresión “de una u otra forma”, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, “en cualquier forma que se presenten éstas”, y que dichas actividades deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso ni el artículo 248 de la Constitución.

Como puede verse, si bien la Corte Constitucional entendió en este primer fallo que el tipo de enriquecimiento ilícito de particulares era un delito derivado, en el sentido de que el incremento patrimonial se “deriva” de la ocurrencia de otro delito, no hizo alusión alguna al momento en que debía proferirse la sentencia condenatoria del delito fuente para que se configurara el delito de enriquecimiento ilícito.

Es cierto que dentro de esta concepción jurisprudencial del tipo, las “actividades delictivas” (delito fuente) deben estar judicialmente declaradas, pero no es cierto, como lo pretende hacer ver el peticionario, que la sentencia condenatoria del delito fuente deba existir al momento de la ocurrencia de los hechos que constituyen el enriquecimiento.

Es claro que dentro de la comprensión del enriquecimiento ilícito de particulares como “delito derivado” que había hecho la Corte Constitucional en el fallo del 30 de marzo de 1993 y que siguieron sosteniendo los Magistrados Martínez y Gaviria, la determinación judicial de la ocurrencia del delito fuente es un requisito para la condena penal por el delito de enriquecimiento ilícito, pero no para su investigación.

La Corte considera que la exigencia de la sentencia judicial condenatoria previa del delito del cual se deriva el enriquecimiento ilícito de particulares formulada en la sentencia de constitucionalidad de 1993, significaba que para la condena de una persona por este delito, se requiere la existencia de una sentencia previa en la que se determine la ocurrencia del delito del cual se deriva el enriquecimiento, y no que la sentencia previa deba existir al momento de la comisión de los hechos que dan lugar a la imputación del delito de enriquecimiento ilícito.

Es decir, para que se tipifique el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, aún dentro de la interpretación de la Corte en el fallo C-127/93, NO se requiere que la persona de la cual se recibe el dinero, los bienes o servicios que constituyen el enriquecimiento, esté condenada penalmente por un delito, verbigracia el de narcotráfico, en el momento en que se obtenga el incremento patrimonial no justificado.

En el caso concreto objeto del presente fallo, sí existió sentencia condenatoria previa del delito fuente del enriquecimiento ilícito por el cual se condenó al peticionario doctor Rodrigo Garavito. Obra en el expediente copia de la providencia del 16 de enero de 1997, proferida por el Juzgado Regional de Santiago de Cali, por la cual se dictó sentencia anticipada contra Gilberto José y Miguel Angel Rodríguez Orejuela condenando a éste último por los delitos de tráfico de estupefacientes, concierto especial para delinquir, enriquecimiento ilícito de particulares, falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado.

El doctor Rodrigo Garavito fue condenado anticipadamente por el Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, el día 12 de junio de 1997. Luego, en efecto, sí se dio aplicación a la tesis según la cual el delito de enriquecimiento ilícito de particulares es un “delito derivado”. La ocurrencia del delito fuente -tráfico de estupefacientes- fue declarada judicialmente en sentencia condenatoria con anterioridad a la condena por el delito de enriquecimiento ilícito. El señor Miguel Rodríguez Orejuela fue condenado el 16 de enero de 1997 y el doctor Rodrigo Garavito, el 12 de junio de 1997.

Se aprecia en el expediente que el Fiscal Regional Delegado para el caso del doctor Rodrigo Garavito, le solicitó al Juez Regional, en oficio del 4 de febrero de 1997, dentro del término de apertura a pruebas, que se oficiara al Juez Regional de la ciudad de Cali para que se sirviera remitir copia auténtica de la sentencia condenatoria proferida contra Miguel Rodríguez Orejuela, el 16 de enero del mismo año. Dice expresamente el Fiscal:

“La pertinencia de esta prueba descansa en lo siguiente: La condena emitida contra los Rodríguez Orejuela comprende la declaración de culpabilidad de la actividad ilícita a que se refiere el tipo del enriquecimiento ilícito de particulares endilgado a Garavito Hernández, cuestión que no obstante haber sido despejada con suficiencia por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha seguido siendo discutida en el presente debate. La descripción legal se refiere a una actividad ilícita y no precisamente a antecedentes penales, pero a pesar de ello considero que es sano adjuntar el fallo condenatorio comprensivo de la actividad ilícita que presenta el origen del incremento patrimonial imputado al enjuiciado.”

Si bien es cierto que en la sentencia anticipada proferida contra el peticionario por el Juez Regional de Bogotá el 12 de junio de 1997 se dice que el delito de enriquecimiento ilícito de particulares es, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, un delito especial y

autónomo y se citan apartes del fallo C-319/96, también lo es que se hace una exposición de la sentencia condenatoria proferida contra Miguel Rodríguez Orejuela y de las relaciones entre el delito fuente y el delito derivado que se le imputó al doctor Rodrigo Garavito.

Por otra parte, obra en el expediente prueba de que es inexacta la afirmación de Rodrigo Garavito de que para la época de los hechos -1991, 1992, 1993, 1994 y 1995, años durante los cuales recibió los 23 cheques de las “mal llamadas empresas de fachada”, Miguel Rodríguez Orejuela, no solo no estaba sindicado de delito alguno, sino que ni siquiera registraba en su contra orden de captura, pues existe copia de la orden de captura No. 385 proferida por la Dirección Regional de Fiscalías de Cali el 30 de septiembre de 1993 contra Miguel Angel Rodríguez Orejuela, con la observación de que “se requiere a fin de escucharlo en diligencia de indagatoria”. (folio 204, Cuaderno Anexo No. 1, Expediente de la acción de tutela T-151643)

Del análisis anterior resulta que en la sentencia condenatoria proferida contra el peticionario, confirmada en segunda instancia por el Tribunal Nacional y avalada finalmente por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, no se aplicó retroactivamente ninguna regla de derecho, ni se violó el principio de legalidad.

2.2.2 La responsabilidad penal del peticionario establecida en la sentencia condenatoria. La valoración de las pruebas.

Con respecto a este punto, en primer lugar observa la Corte que en la sentencia anticipada del 12 de junio de 1997 proferida por el Juzgado Regional de Santafe de Bogotá, por la cual se condena al Dr. Garavito, se hace un análisis detallado y juicioso del acervo probatorio del caso, del que concluye el juez que existe prueba documental, testimonial y pericial que demuestra el aumento injustificado en el patrimonio del procesado.

Afirma el Juez Regional que es incuestionable que el exparlamentario recibió beneficios en servicios y dinero provenientes del narcotráfico, a través de las cuentas “de izquierda o ficticias” creadas por Miguel Rodríguez Orejuela con la asesoría del contador Guillermo Palomari “como lo afirman tanto uno como otro en sus injuradas y testimonios, trasladados a esta investigación.”

Demuestra claramente el Juez que el Dr. Rodrigo Garavito recibió diez bultos de camisetas para su campaña política como representante por el Departamento de Caldas en 1994, que fueron provistas por la empresa LITOFARALLONES Y CIA LTDA.

También explica claramente el Juez que el Dr. Garavito se hospedó y aceptó los servicios del Hotel Intercontinental de Cali en los meses de mayo, septiembre y diciembre de 1993, cuyas facturas fueron remitidas a la empresa INVERSIONES ARA, y que en la relación de cuentas por cobrar del hotel, éstas aparecen a nombre de los señores Miguel y Gilberto Rodríguez Orejuela, cuentas que fueron pagadas por el primero como consta en el recibo de caja que obra en el expediente.

En cuanto a los cheques recibidos por el peticionario, el Juez Regional afirma que el Dr. Rodrigo Garavito incrementó sin justa causa su patrimonio al haber recibido en beneficio propio y por interpuesta persona, 23 cheques provenientes de las cuentas fachada del

confeso narcotraficante Miguel Rodríguez Orejuela, por un valor total de \$ 410.700.000.

En la sentencia se relacionan uno por uno los cheques recibidos por el Dr. Rodrigo Garavito, las cuentas contra las cuales fueron girados, la fecha, el valor, a nombre de quién se expidieron, y la cuenta en la cual fueron consignados. De la revisión detallada de estos datos, el Juez Regional concluye que el procesado recibió 7 cheques de la cuenta abierta a nombre de Jairo Omar Ortiz, 4 cheques de la cuenta que figura a nombre de la sociedad EXPORT-CAFÉ LTDA, 3 cheques de la cuenta de COMERCIALIZADORA DE CARNES DEL PACIFICO, y 9 cheques más provenientes de cuentas abiertas a nombre de Jesús Zapata Alvarez, y Jesús Armando Piedrahíta.

Con las declaraciones del propio Miguel Rodríguez Orejuela y de Guillermo Pallomari, el Juez demuestra que los cheques que ingresaron al patrimonio del peticionario Dr. Rodrigo Garavito fueron girados contra las cuentas ficticias o fachada que usó la organización de Rodríguez Orejuela para manejar dineros ilícitos. Dice expresamente la sentencia:

“En efecto, como puede observarse, la prueba más contundente, que obra en contra del procesado, y demuestra el hecho típico del ENRIQUECIMIENTO indebido, son los numerosos cheques recibidos de las cuentas ficticias o fantasmas de MIGUEL RODRIGUEZ, creadas precisamente para manejar los dineros ilícitos, nótese que este mismo aduce en su injurada, que su patrimonio está compuesto de dos fuentes: una de recursos legales, derivada de su profesión de abogado, y otra de ilegales derivado del producto de venta de dólares. Significando ello, que los dineros que recibía eran el resultado de la comercialización y tráfico de cocaína con destino a Estados Unidos, tal como lo confiesa en su injurada, a donde exportó cientos de kilos de este alcaloide por distintas rutas.

Ahora bien, según el propio MIGUEL RODRIGUEZ, abrió cuentas corrientes en bancos de la ciudad de Cali, recurriendo para ello a GUILLERMO PALLOMARI, -antiguo asesor de Drogas la Rebaja- quién era experto en el manejo contable, y le manifestó que estaba en capacidad y condiciones de “abrir cuentas corrientes, mediante el mecanismo de sociedades creadas por él y con todos los requisitos legales”, entregando RODRIGUEZ OREJUELA a PALLOMARI todo el sistema contable de estas sociedades abiertas que daban la apariencia de legales, pero que en el fondo eran ficticias, o de ‘fachada’ (...)”

El Juez Regional demuestra que las cuentas contra las cuales fueron girados los cheques recibidos por el Dr. Rodrigo Garavito, son las mismas que según las afirmaciones de Rodríguez Orejuela y Pallomari, se usaron para el manejo de los dineros provenientes del negocio ilícito, entre ellas, la de EXPORT CAFÉ LTDA, COMERCIALIZADORA DE CARNES DEL PACIFICO, Jairo Omar Ortiz Molineros y Jesús Zapata Alvarez.

Explica detalladamente el Juez que los cheques girados contra las cuentas fachada fueron consignados en cuatro cuentas ficticias a su vez, abiertas por el Dr. Rodrigo Garavito usando a sus empleados e información falsa. El Juez respalda sus conclusiones con las declaraciones del director de campaña, del conductor, y del mensajero del Dr. Garavito. El señor Armando Arias, empleado de las compañías de Rodrigo Garavito, explica que las cuentas fueron abiertas por orden del Dr. Garavito con nombres y fotocopias de cédulas de trabajadores de las construcciones de las empresas de la familia Garavito, que aparecían en sus hojas de vida; así fue que se abrieron dos cuentas a nombre de Fabio de Jesús Duque García, cuya

tarjeta decadactilar no fue reconocida por el Dr. Garavito alegando que “no tiene contacto con empleados de obras, ni funcionarios de la compañía”. De los peritazgos que se practicaron sobre la tarjeta de apertura de la cuenta de Davivienda resultó demostrado que la firma que debía corresponder a Fabio de Jesús Duque, había sido realmente elaborada por el peticionario Dr. Rodrigo Garavito.

Por su parte, el mensajero del procesado, afirmó que aunque no conoce a Fabio de Jesús Duque, ni a José Arley Valencia, realizó a nombre de éstos múltiples consignaciones y retiros en los bancos Davivienda y Banco Real. Es de notar que varios de los 23 cheques recibidos por el peticionario fueron girados directamente a nombre de Fabio de Jesús Duque.

Esta Corte encuentra perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, Dr. Rodrigo Garavito, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de Miguel Rodríguez Orejuela, de las declaraciones de Guillermo Pallomari, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y las fotocopias de las cédulas de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia.

La Sala considera que la tesis sostenida por el Dr. Rodrigo Garavito a lo largo del proceso, según la cual los dineros que ingresaron a su patrimonio son dineros públicos por corresponder a sobregiros otorgados por el Banco de Colombia, y no dineros provenientes de las actividades ilícitas de las empresas y personas titulares reales de las cuentas bancarias, es irrazonable.

Según la interpretación del peticionario, el enriquecimiento ilícito no cabría cuando los dineros provenientes de las actividades delictivas ingresan al sistema financiero y se depositan en cuentas bancarias, pues como el depósito bancario es un depósito irregular en el que el depositario adquiere la propiedad de la cosa (el dinero es el bien fungible por excelencia), el dinero perdería su origen ilícito al ser depositado en el Banco. Usando la misma argumentación se borraría la procedencia ilícita del dinero con el que se enriquece alguien injustificadamente, cuando el pago de un cheque girado contra una cuenta a la que ingresaron dineros provenientes de actividades delictivas, se hace a través del sobregiro, crédito de corto plazo (30 días) que otorgan los bancos exclusivamente a sus cuentacorrentistas, en virtud de tal calidad.

La anterior interpretación traería como consecuencia la inaplicabilidad práctica del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particular, y por tal razón resulta inaceptable.

### 2.3 El traslado de la prueba denominada “Anexo 21”

Como quedó expuesto en el acápite de los antecedentes, el peticionario alega que en el proceso seguido en su contra, particularmente en la etapa de instrucción adelantada por la Corte Suprema de Justicia, se le violó el derecho al debido proceso, pues a su defensa no se le dio la oportunidad de conocer y controvertir antes del cierre de la investigación, el llamado

“Anexo 21”, prueba que contenía los extractos y consignaciones de “las mal llamadas Empresas de Fachada”.

Procede la Corte a revisar detalladamente el procedimiento del decreto y la práctica de la prueba, conforme al acerbo probatorio que obra en el expediente de tutela:

El 27 de febrero de 1996 el defensor del peticionario solicitó, entre otras pruebas, un dictamen pericial sobre las cuentas corrientes contra las cuales se habían girado los cheques en discusión en el proceso, cuyos titulares eran las empresas “Distribuidora la Loma”; “Exportcafe”, “Carnes del Pacífico”, y las personas Jorge Castillo, Javier Zapata y Jairo Ortiz, con el objeto de demostrar que los dineros consignados en dichas cuentas provenían de actividades comerciales y financieras lícitas.

A través de Auto del 19 de marzo de 1996, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema resolvió negar dicha prueba, considerando que el dictamen pericial sobre las cuentas bancarias de donde se giró el dinero que recibió el doctor Rodrigo Garavito no resultaba idóneo para determinar si el dinero provenía o no del narcotráfico, pues al perito no le está permitido hacer juicios de valor que corresponden al juez. Sin embargo consideró la Sala que sí resultaba procedente que se allegaran al expediente los extractos y las consignaciones de las mencionadas cuentas, que se lograran ubicar, y en consecuencia ordenó oficiar a la Dirección Regional de Fiscalías para que se sirviera aportar copia de lo que allí reposara en relación con las cuentas del caso. Decretó también el traslado al proceso de la indagatoria rendida por Miguel Rodríguez Orejuela dentro de otro proceso que cursaba en la Corte Suprema de Justicia. Dice el Auto:

“4º. (...) Ahora bien, lo que si resulta procedente es que se alleguen a este expediente los extractos y las consignaciones que se logren ubicar, de las cuentas corrientes de donde se giraron los dineros al Congresista investigado. En consecuencia, con ese fin se oficiará a la Dirección Regional de Fiscalía -Comisión de Fiscales- proceso No. 24.249, para que se sirvan aportar fotocopia de lo que allí repose en relación con las cuentas de (...), todas del Banco de Colombia Oficina Principal de Cali.”

“Resuelve

3º. Oficiar a la Dirección Regional de Fiscalía -Comisión de Fiscales-, para lo establecido en el punto 4º. De los considerandos de este proveído.”

En cumplimiento de la providencia anterior, el 21 de marzo de 1996, se libró el oficio No. 971 dirigido al Coordinador de la Comisión de Fiscales, en el cual se transcribió el numeral 4º. de las consideraciones y el numeral 2º. de la parte resolutive.

A través del Auto del 10 de abril de 1996, se corrió traslado a los sujetos procesales de un dictamen pericial y se puso a disposición de las partes la “prueba trasladada al proceso”. Por su importancia, se transcribe el contenido de la providencia en su integridad:

“ Santa Fé de Bogotá D.C., abril diez de mil novecientos noventa y seis.

De conformidad con lo establecido en el artículo 270, numeral 2º), córrase traslado a los sujetos procesales por el término de cinco (5) días, para que si lo estiman conducente

soliciten las aclaraciones, adiciones o ampliaciones que estimen convenientes.

Póngase a disposición de las partes la prueba que ha sido trasladada a las presentes diligencias.

Notifíquese.” (negritas y subrayas ajenas al texto)

En el folio siguiente a aquel donde obra el Auto anterior, aparece copia del acta de la diligencia de notificación personal del mismo al Dr. Jorge Emilio Caldas Vera, defensor suplente del doctor Rodrigo Garavito, con fecha 15 de abril de 1996. Consta también que el mismo Auto fue notificado personalmente al doctor Garavito el día 11 de abril de 1996. En el folio 236 del “Cuaderno Original 5 Parte II” aparece con fecha 19 de abril de 1996, copia de la constancia secretarial del “traslado a los sujetos procesales de los dictámenes periciales obrantes y de la prueba que ha sido trasladada a este expediente (auto de abril 10 de 1996)”. Folio seguido aparece copia de constancia secretarial de fecha 26 de abril de 1996, que dice: “Al Despacho del H. Magistrado Sustanciador Dr. Ricardo Calvete Rangel, surtido en silencio el traslado de los dictámenes periciales y de la prueba trasladada, ordenada en Auto de abril 10 de 1996.”

En el “Cuaderno Original No. 5, Parte II”, cuaderno en donde se llevó la actuación procesal entre el 8 de marzo de 1996 y el 26 de abril de 1996, y en donde obran las providencias a las que se viene haciendo referencia<sup>3</sup>, no aparece oficio remisorio alguno proveniente de la Dirección Regional de Fiscalías, ni de la Comisión de Fiscales, adjuntando los extractos y consignaciones cuyo traslado se decretó.

El oficio No. 310 del 29 de marzo de 1996, procedente de la Dirección Regional de Fiscalías -Comisión de Fiscales-, dirigido a la secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el cual se remiten las copias de los extractos y las consignaciones en cuestión, al que alude el Magistrado Ricardo Calvete y la Corte Suprema en sede de casación cuando explican el traslado de la prueba, no está en el Cuaderno Original No. 5, Parte II, que termina con un oficio del 26 de abril dirigido por la Sala de Casación Penal al INPEC, en el cual se autoriza la práctica de un exámen médico al doctor Rodrigo Garavito.

Copia de dicho oficio aparece en el expediente de la Tutela No. 151643 que fue remitido a la Corte Constitucional por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En efecto, se trata del oficio No. 310 del 29 de marzo de 1996 dirigido a la doctora Patricia Salazar Cuellar, Secretaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, firmado por la Comisión de Fiscales, en el cual se lee “En respuesta al oficio de la referencia (Oficio 971, radicado 10467) nos permitimos remitir a usted copias de los extractos y consignaciones de las cuentas corrientes correspondientes a las firmas (...)”. En la parte inferior del oficio aparece una firma de recibido y la fecha “III-29-96”. La firma corresponde a la doctora Clelia América Sánchez de Alfonso, Magistrada Auxiliar del Dr. Calvete Rangel, según ella misma lo reconoció en declaración rendida ante la Corte Suprema dentro de la investigación disciplinaria interna que se abrió por los hechos de que aquí se trata.

El peticionario aportó junto con el escrito de tutela un cuaderno que contiene copias de varios documentos relacionados con el traslado de la prueba denominada "Anexo 21". Obran en dicho cuaderno las declaraciones de varios de los funcionarios de la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la doctora Clelia América Sanchez de Alfonso, rendidas ante la Corte Suprema dentro de diligencias disciplinarias internas. También aportó el peticionario, junto con memorial del 26 de junio de 2001, copia de la página 749 del Libro Radicador de Procesos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de una página del "Libro de Subida y Bajada de Expedientes" del Despacho del Dr. Ricardo Calvete Rangel.

De la Declaración de la Dra. Clelia Sánchez, rendida el 22 de julio de 1996 ante el Despacho del Magistrado de la Corte Suprema, Jorge Cordoba Poveda, resulta probado que fue ella quién recibió directamente los documentos remitidos por la Dirección Regional de Fiscalías y se los entregó al Magistrado Sustanciador, Dr. Ricardo Calvete. Dice la funcionaria en su declaración: "Del estudio del proceso observe que el doctor Garavito se quejaba de la inexistencia de una prueba ordenada por la Corte, la cual efectivamente fue solicitada a la Fiscalía y ésta, el viernes antes de salir a vacaciones de semana santa la hizo llegar a mi oficina, inmediatamente la llevé al Despacho y se la entregué al Doctor Calvete."

En la misma diligencia la Magistrada Auxiliar fue interrogada sobre la "metodología utilizada para incorporar las probanzas al proceso". A lo cual contestó: "Por tratarse de un proceso donde fue allegada muchísima documentación bancaria, así como copias de las diferentes inspecciones practicadas al proceso 24.249 de la Comisión de Fiscales y para que se facilitara el estudio se dispuso abrir anexos, dependía de la documentación recolectada en una inspección judicial o la enviada por la entidad bancaria respectiva, esto se corrobora con la cantidad de anexos existentes en el proceso (...)."

En un Auto del 26 de Abril de 1996, a través del cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la defensa de Rodrigo Garavito contra el Auto del 19 de marzo de 1996 por el cual se negaron varias pruebas solicitadas por la defensa y se decretó el traslado de los extractos y consignaciones de las cuentas en cuestión y de la indagatoria de Miguel Rodríguez Orejuela, se dijo en la parte considerativa:

" 4º. Sobre los extractos y consignaciones realizadas en las cuentas de donde se giraron los cheques que ingresaron al patrimonio del doctor GARAVITO, la Sala estima que los ya aportados por la Unidad de Fiscales son suficientes para los fines probatorios que con ellos se persiguen."

A través de Auto de la misma fecha, 26 de abril de 1996, se declaró cerrada la investigación, por encontrarse perfeccionada. Y se corrió traslado a los sujetos procesales por el término de ocho días para que presentaran las solicitudes que consideraran pertinentes.

El 3 de mayo de 1996 el defensor del doctor Garavito interpuso recurso de reposición contra el Auto de cierre, considerando entre otras cosas que "examinado con cuidado el proceso, la defensa advierte que dicha prueba documental (ni siquiera la que tiene la Fiscalía) (se refiere a los extractos y consignaciones de las cuentas en cuestión) no ha sido aportada, siendo ésta necesaria (al menos esa) para tener un principio de prueba de los movimientos de las mencionadas cuentas corrientes."

En constancia secretarial del 9 de mayo de 1996, se lee:

“Al Despacho del H. Magistrado Sustanciador doctor Ricardo Calvete Rangel tras la preclusión del traslado a que se refiere el artículo 200 del C. de P.P. Los sujetos procesales distintos del recurrente guardaron silencio. Ingresa para decidir el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado doctor RODRIGO GARAVITO HERNÁNDEZ contra el Auto de abril 26 de 1996. Pasa la actuación original constante de seis cuadernos, vientiún (21) anexos y dos videocassetes, toda vez que sobre las copias se surte el proceso de notificación de la providencia de mayo 8 de 1996.”

En la copia de una página (número ilegible) del “Libro de subida y bajada de expedientes” del Despacho del Dr. Ricardo Calvete, que aporta el peticionario como prueba, aparece una anotación para el Expediente No. 10467 (causa contra Rodrigo Garavito) con fecha 9 de mayo de 1996, en la cual se lee “4 cd. Originales 21 anexos”, pero se advierte una enmendadura o repisado en el número 1, pareciera que fue escrito sobre otro número.

Ante el panorama descrito, se pregunta ésta Corte si a la defensa del doctor Rodrigo Garavito se le dio la oportunidad de saber sobre la existencia de la prueba que había sido remitida por la Comisión de Fiscales. Veamos:

A lo largo del proceso, tanto el Magistrado Sustanciador de la investigación, Dr. Ricardo Calvete, como el Juez Regional y la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, han entendido que la providencia a través de la cual se dio traslado de la prueba a las partes, es el Auto del 10 de abril de 1996. Como se expuso arriba, en dicho Auto se corre traslado a los sujetos procesales de un dictamen pericial “para que si lo estiman conducente soliciten las aclaraciones, adiciones o ampliaciones que estimen convenientes” y a renglón seguido se ordena poner a disposición de las partes “la prueba que ha sido trasladada” a las diligencias.

Pareciera obvio para el abogado encargado de vigilar el proceso, quien, según lo afirma, acudía a la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema 3 o 4 veces a la semana a revisar el expediente, que el dictamen pericial al que se hace referencia en el Auto es el que aparece en los 11 folios inmediatamente anteriores a la providencia: un estudio grafotécnico realizado por la División Criminalística del Cuerpo Técnico de Investigación sobre una tarjeta de apertura de la cuenta bancaria en la Corporación Davivienda a nombre de Fabio de Jesús Duque. También es obvio que la prueba trasladada a la que se hace referencia es la que había sido decretada por el Auto del 19 de abril de 1996 y cuyo aporte estaba pendiente.

Se pregunta ésta Corte de qué otra prueba trasladada se podría tratar, sino de las pruebas cuyo traslado se decretó a través del Auto del 19 de marzo de 1996: la copia de la indagatoria rendida por Miguel Rodríguez Orejuela dentro de otro proceso y los extractos y consignaciones de las cuentas corrientes de donde se giraron los cheques al doctor Rodrigo Garavito, para lo cual se ordenó oficiar a la Comisión de Fiscales adscrita a la Dirección Regional de Fiscalías.

El Auto del 10 de abril por el cual se ordenó “poner a disposición de las partes la prueba que ha sido trasladada”, fue notificado al peticionario y a su abogado defensor. Existe constancia secretarial de que a partir del 19 de abril y hasta el día 25 del mismo mes se dio traslado a

los sujetos procesales de los dictámenes periciales practicados y de “la prueba que ha sido trasladada a este expediente”. Luego, desde la fecha en que el Auto fue notificado al abogado defensor del doctor Garavito, 15 de abril de 1996, y hasta la fecha en que pasado el término de ejecutoria, quedó en firme, 25 de abril de 1996, transcurrieron 10 días. Lapso dentro del cual la defensa del peticionario hubiera podido manifestar sus inquietudes con respecto a la prueba trasladada de que se trataba y al cuaderno o anexo al cual había sido incluida, si era que no la encontraba en el expediente.

Al haber sido notificado el abogado de que una prueba había sido trasladada al proceso y no encontrarla en los cuadernos y anexos del expediente que le proporcionaron en la Secretaría de la Sala Penal, ha debido comunicárselo así al Magistrado Sustanciador, dentro del término del traslado, y no dejar pasar dicho término en silencio.

El hecho de que la documentación remitida por la Comisión de Fiscales haya sido recibida directamente por la Magistrada Auxiliar del Dr. Ricardo Calvete no significa, como lo pretende demostrar el peticionario, que se le haya ocultado a su defensa la prueba trasladada, ya que, de un lado, como se demostró arriba, fue notificada oportunamente de la práctica de la prueba, y de otro, consta en el expediente de tutela que el “Anexo 21” sí estuvo en la Secretaría de la Sala Penal antes del cierre de la investigación.

En el folio No. 250 del cuaderno “Instrucción parte III” que aportó el peticionario junto con el escrito de tutela, obra copia de la constancia secretarial del 9 de mayo de 1996, en la que se dice que el expediente pasa al Despacho para que se resuelva el recurso de reposición interpuesto contra el Auto del 26 de abril de 1996: “pasa la actuación original constante de seis (6) cuadernos, veintiún (21) anexos y dos videocassetes”. La constancia está firmada por la Dra. Patricia Salazar Cuellar, Secretaria de la Sala de Casación Penal.

Esta constancia o informe, firmada por la Secretaria de la Sala Penal de la Corte Suprema, aclara la enmendadura que se observa en el libro de subida y bajada de expedientes en la anotación de fecha 9 de mayo de 1996 correspondiente al radicado No. 10.467 (caso Garavito): el informe secretarial es el documento que da fe a los sujetos procesales sobre el estado del proceso, se escribe a máquina y va firmado por el funcionario titular de la secretaría, mientras que el “libro de subida y bajada de expedientes” es un mecanismo de control interno de la Secretaría, manejado por funcionarios subalternos, en él cuál se hacen breves anotaciones a mano. Luego, la enmendadura que se presenta en la anotación correspondiente al proceso 10467 del 9 de mayo, no tiene trascendencia frente a la constancia secretarial de la misma fecha en la cual se informa formalmente a los sujetos procesales que “la actuación original” pasa al Despacho del Magistrado Sustanciador en seis cuadernos, 21 anexos y 2 videocassetes.

Del estudio detallado de las pruebas que obran en el expediente de tutela concluye esta Corte que no está acreditado que el anexo que se armó con los extractos y consignaciones aportados al proceso por la Comisión de Fiscales, “Anexo 21”, le hubiera sido ocultado a la defensa del doctor Rodrigo Garavito. Al contrario, está probado que el expediente (seis cuadernos, 21 anexos y 2 videocassetes) se encontraba en la Secretaría de la Sala hasta el día 9 de mayo de 1996, fecha en que pasó al Despacho del Magistrado Sustanciador para que se resolviera el recurso de reposición interpuesto por el sindicato contra el auto por el

cual se declara cerrada la investigación.

En consecuencia, no se le violaron al peticionario los derechos a la contradicción de la prueba, a la defensa y al debido proceso.

#### 2.4 El decreto y práctica del testimonio de Guillermo Pallomari

Como quedó expuesto en el acápite de los hechos, el peticionario sostiene que en la investigación adelantada por la Corte Suprema de Justicia se le violó el derecho al debido proceso, ya que se le impidió a su defensa conainterrogar a Guillermo Pallomari, “único testigo de cargo”. Dice que al decretarse la prueba, “no se dio un margen razonable para que la defensa se enterara de la misma, ni se señaló en la providencia, con claridad, el lugar y la hora en que se llevaría a cabo, a tal punto que ni siquiera el Ministerio Público pudo participar en su recepción.”. Durante el proceso ha afirmado el doctor Rodrigo Garavito que su defensa sólo se enteró de que el testimonio iba a practicarse, cuando la Comisión de Fiscales ya había viajado a los Estados Unidos.

A continuación se revisará el procedimiento de decreto y práctica de la prueba en cuestión:

A folio 24 del “Cuaderno Original 5”, cuaderno en donde obra la actuación de instrucción del proceso entre el 15 de diciembre de 1995 y el 6 marzo de 1996, aparece el Auto de sustanciación del 30 de noviembre de 1995, por el cual el Magistrado sustanciador, Dr. Ricardo Calvete Rangel, dispuso recibir declaración al señor Guillermo Alejandro Pallomari Gonzalez, quien se encontraba bajo protección de las Autoridades de los Estados Unidos de América. En el Auto se relacionan las preguntas que debía absolver el testigo y se comisiona para la práctica de la diligencia, “con amplias facultades a los Fiscales Delegados que designe la Dirección Nacional de Fiscalías para la continuación de la indagatoria de Guillermo Alejandro Pallomari en los Estados Unidos”. En la parte final del Auto se ordena librar el despacho correspondiente adjuntando fotocopia de los cheques que se le deberán exhibir al testigo.

A folio 23 del “Cuaderno Original 5”, obra copia del oficio No. 3724 del 30 de noviembre de 1996, de la Secretaria de la Sala de Casación Penal de la Corte, dirigido al Dr. Armando Sarmiento Mantilla, Director Nacional de Fiscalías, por el cual se le remite copia del Auto del 30 de noviembre, “con el fin de que se sirva dar cumplimiento a lo ordenado en Auto de la fecha”. Así mismo dice el oficio que se adjuntan copias de los cheques que deben exhibirse al testigo.

A folio 22 del “Cuaderno Original 5” aparece copia de providencia del 1º. de diciembre de 1995, proferida por la Fiscalía General de la Nación-Dirección Regional de Fiscalías-Comisión de Fiscales, en la cual se dice que por ser procedente y haber sido designada dicha Unidad mediante Resolución proferida por la Dirección Nacional de Fiscalías, “Cúmplanse las comisiones impartidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia”.

A folio 27 del mismo “Cuaderno Original 5”, aparece copia del testimonio rendido por Guillermo Alejandro Pallomari González el día miércoles 6 de diciembre de 1995, en la ciudad de Billings, Montana, Estados Unidos. Dice el acta que el testigo compareció “ante los Fiscales designados por la Fiscalía General de la Nación para cumplir la comisión impartida

por el Honorable Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que adelanta la investigación radicada bajo el número 10.467”, en las oficinas del Departamento de Justicia. El acta de la diligencia está firmada por el testigo y en la parte inferior aparece un sello de la Fiscalía General de la Nación –Dirección Regional de Fiscalías, Santafé de Bogotá D.C.-, con fecha 12 de diciembre de 1995.

Por otra parte, el peticionario aporta como prueba, copia de la Resolución No. 1-0090 del 30 de noviembre de 1995, proferida por el Vicefiscal General de la Nación, por la cual se concede Comisión de Servicios al Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional Código 45 y Regional Código 111, del 3 al 13 de diciembre de 1995, para que realice “una serie de actividades de coordinación con autoridades de los Estados Unidos de América en cumplimiento de funciones propias de sus cargos y dentro del marco de asistencia judicial recíproca de ambos países, la cual se llevará a cabo en la ciudad de Miami, Estado de la Florida, dentro de la investigación penal radicada en la Dirección Regional de Fiscalías de Santafé de Bogotá bajo la partida No. 24.249.”. En el artículo segundo de la parte resolutive se comisiona a los Fiscales mencionados para que recepcionen la prueba testimonial requerida, “al tenor de los interrogatorios formulados por la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia en desarrollo de las comisiones impartidas y comunicadas a la Dirección Nacional de Fiscalías”.

Aportó también el peticionario junto con el escrito de tutela, copia de las autorizaciones de comisión de servicios a los Fiscales, fechadas el 30 de noviembre de 1995.

Con el objeto de demostrar que el representante del Ministerio Público no pudo asistir a la diligencia en que se recibió el testimonio de Pallomari, el accionante aportó como prueba, copia del informe del Agente Especial del Ministerio Público Código PZHO, designado para el proceso 24.249 (proceso 8.000), dirigido al Procurador Delegado para Asuntos Penales, con fecha 11 de diciembre de 1995, en el cual relata lo ocurrido en “el segundo viaje a Estados Unidos con el fin de ampliar la indagatoria de Pallomari”, y precisa la información que dieron los diarios El Espectador y El Tiempo al respecto. Dice el agente PZHO que partió para Miami el día 4 de diciembre de 1995 según lo acordado con el Dr. Carlos Perez Irizarry, Agregado Judicial del Departamento de Justicia de la Embajada de los Estados Unidos en Bogotá, quién había quedado de encontrarse con él (el agente del Ministerio Público) en el Aeropuerto de Miami, como en la ocasión anterior. A renglón seguido manifiesta: “(...), partí para Miami el día acordado y cual no sería mi sorpresa al no encontrar “el contacto” allí, o sea al doctor Perez. Me valí de la sección de información para buscarlo repetidamente, por el altavoz, durante dos horas, inútilmente; entonces decidí que debería ‘oficializar’ mi presencia en aquella Ciudad presentándome al Consulado (280 Aragón Av.CG), como en verdad lo hice, a las dos y treinta minutos de la tarde.”. Agrega que después de hablar con el Procurador General de la Nación desde el Consulado de Colombia en Miami, recibió, al día siguiente, la orden de devolverse, y así lo hizo el jueves 7 de diciembre de 1995. Concluye el agente que no existió incumplimiento de su deber sino que se le dejó “plantado” “como titula El Tiempo”, y que le resulta “significativo” que los diarios hayan informado que al fin y al cabo su presencia no era indispensable ya que a Guillermo Pallomari lo iban a interrogar como testigo, por disposición de la Corte Suprema.

Procede la Corte a analizar los hechos y las pruebas relatados arriba:

En primer lugar observa ésta Corte que la práctica del testimonio de Guillermo Pallomari en la investigación adelantada por la Corte Suprema de Justicia contra el peticionario doctor Rodrigo Garavito, se enmarcó dentro de una serie de actividades de coordinación con autoridades de los Estados Unidos de América, que se adelantaron por la Fiscalía General de la Nación en virtud de la asistencia judicial recíproca convenida entre ambos Estados en la Declaración de Intención de la República de Colombia y de Los Estados Unidos de América suscrita en Washington el 25 de febrero de 1994 con el objeto de cooperar recíprocamente “en el intercambio de información y de elementos que puedan servir de prueba en las investigaciones y los procesamientos de los nacionales de Colombia que se entreguen al Gobierno de Colombia y confiesen haber cometido delitos de tráfico de narcóticos o delitos conexos”; y conforme al “Manual para el Intercambio de Pruebas con el Exterior”, adoptado a través de la Resolución No.0-1686 de 1994 proferida por el Fiscal General de la Nación.

Dentro de este contexto, el Magistrado sustanciador, Dr. Ricardo Calvete Rangel, resolvió comisionar para la práctica del testimonio, a los mismos Fiscales Delegados que designara la Dirección Nacional de Fiscalías para la continuación de la diligencia de indagatoria de Guillermo Pallomari en los Estados Unidos. Es de notar que el señor Pallomari González, ciudadano chileno, se encontraba bajo la protección de las autoridades de ese Estado, entre otras cosas, por la colaboración que le estaba prestando a la justicia americana.

En el mismo sentido, advierte esta Corte que de las pruebas aportadas al trámite de la tutela en relación con el decreto y la práctica del testimonio, resulta que los fiscales comisionados para recibir dicha prueba tenían además otros encargos, como el de continuar con la diligencia de indagatoria del mismo Guillermo Pallomari dentro del proceso 24.249 (proceso 8.000) y practicar otras pruebas decretadas dentro de los expedientes 10.469, 10.738, 10.801 y 26.121. Se aprecia que la comisión de servicios al exterior fue autorizada a partir del día 3 hasta el día 13 de diciembre de 1995.

En segundo lugar, observa la Corte que la prueba fue decretada a través de auto de sustanciación en virtud de lo dispuesto por el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente, providencia que no se notifica, conforme a lo establecido en el artículo 186 del mismo Código. Dicen expresamente las normas citadas:

“Art. 179. Clasificación. Las providencias que se dicten en la actuación se denominarán resoluciones, autos y sentencias y se clasifican así:

(...)

2. Autos interlocutorios, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial

3. Autos de sustanciación, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación.

(...).”

“Art. 186. Providencias que deben notificarse. Además de las señaladas expresamente en otras disposiciones, se notificarán las siguientes providencias: las providencias

interlocutorias, la que pone en conocimiento de las partes la prueba trasladada o el dictamen de peritos, el auto que ordena la práctica de pruebas en el juicio, el que señala día y hora para la celebración de la audiencia, la providencia que declara desierto el recurso de apelación y la que fija fecha en segunda instancia para la sustentación del recurso, el auto que ordena el traslado para pruebas dentro del recurso de revisión, las providencias que deniegan los recursos de apelación y de casación, la que ordena dar traslado para presentar alegatos de conclusión, y las sentencias.

Las providencias de sustanciación no enumeradas en el inciso anterior o no previstas de manera especial, serán de cumplimiento inmediato y contra ellas no procede recurso alguno." (subrayas y negrillas ajenas al texto)

Estas normas fueron reproducidas casi exactamente por el nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, en los artículos 169 y 179, respectivamente. El nuevo estatuto procesal, precisa, en el artículo 179 que regula el tema de las notificaciones, que el auto por el cual se ordena la práctica de una prueba es de sustanciación, y que debe notificarse, cuando se trata de pruebas ordenadas en la etapa del juicio.

De las normas transcritas se concluye que el Auto del 30 de noviembre de 1995, por el cual el Magistrado sustanciador dispuso recibir la declaración a Guillermo Alejandro Pallomari González, no debía ser notificado a los sujetos procesales, por haber sido dictado en la etapa de instrucción del proceso.

Por otra parte se aprecia que en la providencia se consignan expresa y detalladamente las preguntas que se le formularían al testigo y se comisiona con amplias facultades a los fiscales delegados que designe la Dirección Nacional de Fiscalías para la continuación de la indagatoria de Guillermo Pallomari.

A través de la providencia del 30 de noviembre de 1995 se puso entonces en conocimiento del sindicado el decreto del testimonio de Guillermo Pallomari y se le dio la oportunidad a la defensa del doctor Garavito de aportar un cuestionario para que además de las preguntas formuladas por el Magistrado Sustanciador, Pallomari absolviera las que a bien tuviera plantear la defensa del procesado.

Con respecto al hecho de que en la providencia no se señala la fecha ni el lugar preciso en que se llevaría a cabo la diligencia, considera esta Corte que tal omisión se podría explicar por la razón de que Guillermo Pallomari, el testigo, se encontraba bajo la estricta protección de las autoridades norteamericanas, ya que por la colaboración que le estaba prestando a la justicia, corrían serio peligro su vida y su integridad. Sin embargo, esta circunstancia no significa que el sindicado no haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho a la contradicción, porque como se dijo antes, la prueba se decretó a través de providencia en la cual se consignaron las preguntas que debía absolver el testigo.

En suma, en el decreto y práctica del testimonio de Guillermo Pallomari no se desconocieron las garantías judiciales del sindicado doctor Garavito ya que la prueba se decretó oficiosamente a través de providencia judicial conforme a las normas del Código de

Procedimiento Penal, y en la misma providencia se determinaron expresamente las preguntas que debía absolver el testigo, garantizándose así la publicidad de la prueba y la oportunidad para ejercer el derecho de contradicción. Cosa distinta es que la defensa del doctor Garavito no actuó procesalmente en el momento subsiguiente al decreto de la prueba: no estuvo atento a intervenir personalmente en la diligencia, no envió al Despacho ningún cuestionario para que se adicionara al formulado por el Magistrado sustanciador, no se dirigió a la Fiscalía ni a los funcionarios delegados, ni se puso en contacto con el representante del Ministerio Público en dicho momento.

Luego, aún aceptando que el no señalamiento de fecha y lugar constituyera una irregularidad, ésta no tiene la virtualidad suficiente para anular dicha prueba porque su decreto era conocido, así como también el cuestionario que debía absolver el testigo.

En relación con el hecho de que el agente del Ministerio Público Código PZHO designado especialmente para el proceso 24249 (proceso 8.000), no haya asistido a la diligencia de testimonio de Guillermo Pallomari, considera la Corte, que no tiene trascendencia alguna, ya que para la práctica de la prueba testimonial no se requería de la presencia del representante del Ministerio Público (art. 292 C.P.P. entonces vigente).

Como se expuso en el acápite correspondiente a la doctrina de las vías de hecho, la Corte Constitucional ha sido muy rigurosa en la valoración de las irregularidades que pueden dar lugar a que la providencia judicial constituya una vía de hecho. En la sentencia T-008/98, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se precisó la doctrina de las vías de hecho particularmente cuando se trata de sentencias penales condenatorias, en los siguientes términos:

“Mientras que la justicia penal sólo puede proferir una decisión condenatoria en contra del procesado cuando exista prueba contundente de su responsabilidad, la justicia constitucional debe restringir sus intervenciones a aquellos casos en los que las decisiones judiciales constituyan auténticas vías de hecho (v. supra). Así, al paso que el juez ordinario debe partir de la inocencia plena del implicado, el juez constitucional debe hacerlo de la corrección de la decisión judicial impugnada, la cual, no obstante, ha de poder ser cuestionada ampliamente por una instancia de mayor jerarquía rodeada de plenas garantías.

(...)

En consecuencia, los mecanismos adecuados para garantizar la protección de los derechos constitucionales y legales de quien resulta implicado en un juicio de esta naturaleza son los recursos ordinarios, es decir, la consulta ante el superior jerárquico y el recurso extraordinario de casación. Mientras se surten los instrumentos procesales mencionados, el juez constitucional debe ser en extremo cuidadoso y conceder la tutela sólo en aquellos eventos en los cuales se pueda producir un perjuicio irremediable sobre un derecho fundamental como efecto de una indiscutible falta de competencia del funcionario judicial, de una ausencia absoluta y definitiva de pruebas, de la incongruencia evidente e incuestionable entre los hechos probados y el supuesto jurídico o de la violación grosera del procedimiento. En cualquier otro caso, el juez constitucional que conceda el amparo estaría actuando al

margen del derecho.

En suma, como lo ha reiterado esta Corporación, el hecho de que el juez constitucional pueda revisar la decisión penal no lo convierte en un juez de instancia, toda vez que mientras este último verifica que se cumplan integralmente las reglas legales y constitucionales que permiten condenar a una persona, aquél se limita a establecer que la decisión del juez penal no resulte arbitraria a la luz de la Constitución Política.” (subrayas ajenas al texto)

La Sala ha constatado que en el decreto y práctica del testimonio de Guillermo Pallomari no se violaron las normas constitucionales, y que de haber existido alguna irregularidad, ésta se estudió tanto por la propia Corte Suprema de Justicia en la etapa de instrucción y al resolver el recurso extraordinario de casación, como por el Juez Regional y el Tribunal Nacional, con ocasión de las diferentes solicitudes y recursos ordinarios interpuestos.

2.5 La aceptación de los cargos en la diligencia de sentencia anticipada implica una confesión simple y supone la renuncia a controvertir la acusación y las pruebas en que ella se funda

La institución de la sentencia anticipada, implica renunciaciones mutuas del Estado y del sindicado: la renuncia del Estado a seguir ejerciendo sus poderes de investigación, y la del imputado a que se agoten los trámites normales del proceso, a la controversia de la acusación y de las pruebas en que se funda. El Estado reconoce que los elementos de juicio aportados hasta ese momento son suficientes para respaldar un fallo condenatorio que debe partir de la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado, certeza que se corrobora con la aceptación integral de los hechos por parte del imputado. La aceptación de los hechos obra como confesión simple.

La Corte Constitucional ha dicho que además de la aceptación por parte del sindicado de los hechos materia del proceso, éste acepta “la existencia de plena prueba que demuestra su responsabilidad como autor o partícipe del ilícito”. (C-425/96).

Con respecto a la renuncia a la contradicción de las pruebas en que se funda la acusación, por parte de quién se acoge a la sentencia anticipada, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sede de casación:

“la estructura misma de la institución de la sentencia anticipada indica que, si el procesado se allana a ella, de antemano renuncia a la controversia de la acusación y de la prueba exhibida en su contra, como sustento de los argos formulados por el fiscal. Es lo que se infiere diáfamanamente de que a ‘los cargos formulados por el Fiscal’ solo le puede seguir ‘su aceptación por parte del procesado’ y la consignación de lo ocurrido en un acta que firmaran los intervinientes.

(...)

Si en realidad las formas de terminación anticipada, cuando se obtiene la aceptación voluntaria del procesado, implican una renuncia de este a refutar la acusación y, por ende a controvertir las pruebas de cargos que la sustenten, no tendría sentido decretar una nulidad por falta de defensa técnica sólo en momentos de instrucción probatoria -no en actos que sin

falta la demandan-, como si se tratara de un procedimiento plenamente ordinario, cuando en aquellas formas especiales de culminación del proceso en realidad se abrevia una o las dos fases del proceso.”<sup>5</sup>

En un caso en que se profirió sentencia anticipada, faltando el resultado de una prueba pericial, dijo la Corte Suprema de Justicia:

“Por lo demás, como lo ha reiterado la Sala, la dicha asunción de responsabilidad que ocurre en la sentencia anticipada significa que el procesado renuncia a refutar la acusación, a controvertir la prueba de cargo, y a la práctica de otros medios de persuasión, pues de acuerdo con la estructura legal de la institución, a ‘los cargos formulados por el fiscal’ sólo puede seguir su aceptación por parte del procesado’, máxime si la diligencia se realiza en al fase del juzgamiento, cuando ya existe una resolución acusatoria.

Del texto del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993, se infiere que su aplicación no supone negociación alguna, que los cargos tienen como único sustento las pruebas hasta ese momento legalmente incorporadas al expediente, y que la aceptación formal de éstos ante el fiscal por parte del sindicado, sitúa ipso facto el proceso en el momento de dictar sentencia; sin que por ese hecho los actos procesales legalmente omitidos o las pruebas dejadas de practicar constituyan violación al debido proceso (...).”<sup>6</sup>

Con respecto al “principio de irrevocabilidad”, la Corte Suprema ha dicho:

“La Corte ha sido insistente en señalar que la aceptación voluntaria de responsabilidad con miras al proferimiento de sentencia anticipada se rige por el principio de irrevocabilidad, en cuanto implica para el procesado la renuncia a controvertir la prueba y el contenido de la acusación, y que si bien es cierto la limitación del interés para recurrir consagrada en el citado artículo 37B está referida al recurso de apelación, debe entenderse que también impera para la casación, puesto que de no ser así, el recurso extraordinario se convertiría en un mecanismo de burla de la restricción allí prevista.”<sup>7</sup>

2.6 Los fallos cuya revocatoria y anulación pretende el peticionario no constituyen “vías de hecho”

La sentencia anticipada del 12 de junio de 1997 a través de la cual se condenó al doctor Rodrigo Garavito por los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares y falsedad en documento privado, la sentencia del Tribunal Nacional del 24 de noviembre de 1997 que la confirmó parcialmente, y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de abril de 2001 por la cual se resolvió no casar el fallo de instancia, no constituyen “vías de hecho”, por las razones que se exponen a continuación:

La sentencia condenatoria proferida el 12 de junio de 1997 cumple con los dos requisitos sustanciales que establece tanto la ley como la jurisprudencia constitucional<sup>8</sup>, para terminar el proceso con sentencia anticipada: 1) que el imputado acepte íntegramente su responsabilidad en relación con los hechos que se investigan y, 2) que exista plena prueba sobre la ocurrencia del hecho y sobre la culpabilidad del sindicado.

En efecto, en el acta de la diligencia de sentencia anticipada, llevada a cabo el día 5 de mayo de 1997 en la Secretaría de los Juzgados Regionales de Bogotá, consta que el doctor Rodrigo Garavito aceptó los cargos formulados por la Corte Suprema de Justicia en la Resolución de acusación: “acepto los hechos por los cuales se me sindicó y acepto la responsabilidad que de estos se deriva en la esperanza de que con lo cual se me va a resolver mi situación.” Inmediatamente, el abogado defensor hace la siguiente precisión: “El Dr. Rodrigo Garavito ha aceptado la responsabilidad respecto de los cargos formulados por la Honorable Corte Suprema de Justicia en la Resolución de Acusación, lo cual ha hecho sin condición alguna tal como lo señala la ley, no siendo esto óbice para que la defensa muy brevemente haga algunas consideraciones para que sean tenidas en cuenta al momento de la graduación de la pena.”

La sentencia condenatoria cuya anulación se pretende no carece de fundamento objetivo, ni corresponde al mero capricho de los jueces penales, al contrario es el resultado de una larga y amplia investigación en cuyo curso se obtuvieron múltiples pruebas decretadas tanto de oficio como a petición de parte, a las cuales se allanó finalmente el sindicado doctor Rodrigo Garavito en la diligencia de sentencia anticipada, en la cual aceptó expresamente los hechos por los cuales se le sindicaba y la responsabilidad penal que de éstos se deriva.

El doctor Rodrigo Garavito fue condenado por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, habiéndose encontrado probados todos los elementos del tipo; el hecho de que el incremento patrimonial se derivó de actividades delictivas se probó a través de la sentencia anticipada proferida contra Miguel Rodríguez Orejuela el 16 de enero de 1997, por la cual se le condenó por los delitos de tráfico de estupefacientes, concierto especial para delinquir y enriquecimiento ilícito de particulares, entre otros. El conocimiento de que el dinero y los bienes recibidos provenían de fuente ilícita se probó a través de un conjunto de indicios, encabezados por el hecho probado de que el peticionario ocultara dichos dineros en cuentas abiertas por él a nombre de terceras personas, falsificando sus firmas y cédulas, hechos por los cuales fue condenado también por el delito de falsedad en documento privado.

La valoración de las pruebas que hace el Juez Regional para proferir la condena no es irrazonable, arbitraria ni caprichosa; no ignoró ni omitió prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento razonable. Al contrario, en la sentencia anticipada se aprecia un cuidadoso y detallado análisis de las pruebas aportadas y practicadas dentro de la investigación y en la etapa del juicio: se hace una relación pormenorizada de los cheques recibidos por el doctor Garavito, las cuentas en las cuales fueron consignados y la manera como se hicieron efectivos; se demuestra con base en los dictámenes periciales cómo el doctor Garavito abrió cuentas bancarias a nombre de terceros y las manejó directamente falsificando firmas; estos hechos se corroboran con los testimonios de los empleados del doctor Garavito; y se desvirtúan sistemáticamente las explicaciones dadas por el sindicado sobre el origen del incremento patrimonial, demostrando con base en los testimonios de los comerciantes de dólares, que las transacciones alegadas por el doctor Garavito nunca se hicieron en cheques.

En la sentencia condenatoria no se violaron los derechos fundamentales del peticionario, pues como se demostró en los acápite correspondientes, fue juzgado conforme a ley

preexistente al acto que se le imputó, no se aplicó retroactivamente ninguna regla de derecho, ni se impidió la publicidad ni la contradicción de las pruebas.

Las anteriores consideraciones son también predicables de la sentencia del Tribunal Nacional del 24 de noviembre de 1997 por la cual se confirma la sentencia anticipada proferida por el Juez Regional de Bogotá, y de la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dictada el 2 de abril de 2001.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará el fallo del 8 de mayo de 2001, por el cual el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, resolvió negar la tutela interpuesta por el doctor Rodrigo Garavito Hernández contra el Juzgado Regional de Bogotá, el Tribunal Nacional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que conocieron del proceso seguido en su contra por el delito de enriquecimiento ilícito de particular.

#### DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

#### RESUELVE

SEGUNDO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (E)

ALVARO TAFUR GÁLVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia SU.1300/01

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN PRUEBA TRASLADADA TESTIMONIAL-Vulneración/PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN PRUEBA TRASLADADA TESTIMONIAL-Vulneración (Salvamento de voto)

A nuestro juicio, la acción de tutela a que se ha hecho referencia ha debido ser concedida por cuanto, pese a haber sido solicitada por el procesado sentencia anticipada, se quebrantaron los principios de publicidad y contradicción de la prueba. Si en una providencia judicial se decide “poner a disposición de las partes la prueba que ha sido trasladada” sin especificar a cuales documentos se refiere el traslado, o a lo menos con la indicación de en cual de los distintos anexos se encuentra, ese traslado, a lo menos en principio, no cumple con la finalidad que le asigna para la publicidad de la prueba el propio Código de Procedimiento Penal entonces vigente. No puede ni siquiera pensarse que por tratarse de prueba trasladada es suficiente para la eficacia de la misma que obren las fotocopias de documentos cuyos originales reposan en otro proceso. A este respecto, conviene reiterar que la prueba trasladada requiere también cumplir con los principios de la publicidad y la contradicción. Publicidad que tratándose de la prueba documental, exige que en el proceso inicial se haya cumplido o que, si ello no ocurrió así porque la parte contra quien se opone en el nuevo proceso no actuó en aquel, se cumpla en el segundo para que esos documentos puedan ser aceptados en todo o en parte, o tachados de falsos, o controvertidos con otros documentos, o con testimonios o con otras pruebas. A nuestro juicio, la acción de tutela a que se hace referencia debería haber sido concedida por violación del debido proceso en cuanto hace a la publicidad y la contradicción de las pruebas ya mencionadas, lo que no significa pronunciamiento alguno con respecto a la cuestión penal en discusión, pues, si la tutela hubiese sido concedida al juzgador le correspondería entonces dictar una nueva sentencia con apoyo en las demás pruebas que obran en el proceso y exclusión de aquellas respecto de las cuales se violaron los principios de la publicidad y la contradicción.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN PRUEBA TRASLADADA TESTIMONIAL-Vulneración/PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN PRUEBA TRASLADADA TESTIMONIAL-Vulneración (Salvamento de voto)

El testimonio que se reciba en un proceso anterior si se traslada a un proceso nuevo, pues, si la parte contra quien se opone participó en la práctica del mismo en el primer proceso, se cumplieron ya los principios de la publicidad y la contradicción. En tanto que, si esto no sucedió, entonces para asegurar el cumplimiento de tales principios ese testimonio ha de ser sometido a ratificación, es decir, debe recepcionarse de nuevo para permitir la conainterrogación al testigo, lo que opera cuando se trata de una indagatoria inicialmente recibida en un proceso y trasladada luego a un segundo proceso como prueba contra un tercero, pues, en ese caso, la declaración del indagado en el primer proceso obra como testimonio respecto de otro.

#### PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PRUEBA TRASLADADA-Vulneración (Salvamento de voto)

Las pruebas a que se refieren los numerales precedentes no cumplieron tampoco con el principio de necesidad de la prueba establecido en el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal anteriormente vigente (Decreto 2700 de 1991), en cuyo artículo 246 se impuso a los funcionarios judiciales como un deber jurídico fundar sus providencias “en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”, principio que al igual que los de la publicidad y contradicción de la prueba forman parte integrante y esencial del debido proceso judicial.

#### SENTENCIA ANTICIPADA Y CONFESION-Alcance (Salvamento de voto)

Si bien es verdad que en la sentencia anticipada ella se dicta por aceptación de los hechos y de su imputación jurídica por el sindicado, lo que equivale a una confesión, no menos cierto es que la confesión, en materia penal, sola no es bastante para fundar en ella una decisión condenatoria, sino que se requiere su corroboración por otras pruebas, a diferencia de lo que ocurre en materia civil en la cual la confesión si puede servir como fundamento de la sentencia desfavorable a quien la hace y puede ser infirmada con otras pruebas.

Los suscritos magistrados, con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, salvamos nuestro voto en relación con la Sentencia SU- 1300 de 6 de diciembre de 2001, por las razones que a continuación se expresan:

1ª. La Corte Constitucional en la Sentencia SU-1300 de 6 de diciembre de 2001, decidió confirmar, en su integridad, el fallo del Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, mediante el cual se denegó la acción de tutela interpuesta por el ciudadano Rodrigo Garavito Hernández, contra las sentencias de 12 de junio de 1997, 24 de noviembre de 1997 y 2 de abril de 2001, proferidas contra el actor, en su orden por el Juzgado Regional de Bogotá, el Tribunal Nacional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por los delitos de enriquecimiento ilícito y falsedad en documento privado.

2ª. A nuestro juicio, la acción de tutela a que se ha hecho referencia ha debido ser concedida por cuanto, pese a haber sido solicitada por el procesado sentencia anticipada, se quebrantaron los principios de publicidad y contradicción de la prueba, como pasa a demostrarse:

2.1. La Constitución Política que nos rige en el artículo 29, inciso final, establece que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso” y, en el inciso

inmediatamente precedente instituye como un derecho del procesado la posibilidad de “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”.

Eso significa, sin lugar a duda alguna, que en nuestro sistema jurídico no tienen validez en ningún caso las pruebas respecto de las cuales se haya desconocido el principio de la publicidad de las mismas, presupuesto indispensable para que pueda llevarse a efecto el derecho a controvertirlas.

2.2. En el proceso penal adelantado contra el actor, obra como una de las pruebas de cargo el testimonio de Guillermo Pallomari, con respecto al cual fueron desconocidos los principios de la publicidad y la contradicción, esenciales para su validez y, ello no obstante, a su declaración se le dio eficacia probatoria.

Tal testimonio, desde el inicio, desconoció el principio de publicidad y contradicción, como quiera que al decretarlo no se señaló ni la fecha, ni el día, ni la hora, ni el lugar en que sería practicado y para recepcionarlo se delegó a una comisión de fiscales que con ese propósito, viajó a la ciudad de Miami. Como es obvio, ni el procesado ni su defensor tuvieron entonces noticia oportuna sobre cuándo y donde sería practicada la recepción del testimonio así irregularmente decretado, lo que equivale a impedir el ejercicio del derecho de defensa, el cual debe garantizarse a plenitud en cada uno de los momentos del proceso.

Agregase a lo anterior que la Procuraduría General de la Nación, como sujeto procesal, tampoco pudo estar presente en la recepción de ese testimonio, pues, aún cuando un funcionario suyo viajó con ese propósito a la ciudad de Miami según indicación previa, en ella no pudo enterarse del lugar, ni la fecha, ni el día ni la hora en que la declaración testifical sería recibida, por lo que hubo de regresarse inmediatamente al País.

En esas irregulares condiciones, la declaración de Guillermo Pallomari fue recibida por la comisión de fiscales a quien se le había encomendado esa labor, fiscales estos sin identidad pues el proceso fue tramitado cuando existía la denominada “Justicia Regional”, razón esta por la cual la autenticidad del acta de la diligencia así adelantada, fue certificada por un funcionario de la Fiscalía General de la Nación, como superior jerárquico de los comisionados.

Es claro, entonces, que el testimonio a que se ha hecho alusión, por ministerio de la propia Constitución de la República, es nulo de pleno derecho por mandato expreso del artículo 29, inciso final de nuestra Carta Política.

Esa nulidad, en el testimonio a que se ha hecho alusión, -que es una prueba personal- impidió no sólo la verificación de la identidad del declarante por el sindicado sino la realización de un contrainterrogatorio en el curso mismo de la declaración, sin que pueda afirmarse conforme a Derecho que el sindicado en el proceso penal a que se refiere la acción de tutela podría haber formulado unas preguntas para entregarlas con antelación a la comisión de fiscales para que ellos las incluyeran en el interrogatorio al declarante, porque eso desvirtúa por completo la naturaleza misma del derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo, y contribuiría más bien ese argumento a reforzar la conclusión del quebrantamiento de garantías indispensables en un Estado de Derecho para el procesado.

Tampoco aparece a nuestro juicio argumento convincente desde el punto de vista jurídico que la declaración rendida por Guillermo Pallomari en las condiciones ya señaladas tenga validez y eficacia probatoria por haber sido así recibida en virtud de la asistencia judicial recíprocamente convenida entre ambos Estados en la “Declaración de Intención de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América suscrita en Washington el 25 de febrero de 1991, pues, en ningún caso, en el documento mencionado se afirma siquiera que la cooperación judicial pueda ser realizada con desconocimiento de las garantías fundamentales al debido proceso judicial.

En efecto, obra en autos que a la petición del defensor del procesado para que se practicara un dictamen pericial sobre cuentas corrientes bancarias de las cuales habían sido girados varios cheques con apoyo en los cuales se pretendía demostrar el enriquecimiento ilícito por el que se le sindicaba y que él afirmaba provenían de actividades comerciales y financieras lícitas, se decidió mediante auto de 19 de marzo de 1996 denegar esa petición de pruebas por cuanto se estimó por el juzgador penal en la fase de investigación que el dictamen pericial sobre dichas cuentas bancarias no resultaba idóneo para los fines perseguidos por la defensa. Sin embargo, lo que sí se consideró procedente fue que se allegaran al expediente los extractos y las consignaciones y movimientos en esas cuentas corrientes que fuera posible ubicar y, para ese efecto, se ordenó oficiar a la Dirección Regional de Fiscalías para que se aportaran copias de lo que allí se encontrara en relación con esos documentos; y, además, se ordenó trasladar a este proceso copia de la indagatoria rendida un sindicado diferente en otro proceso.

Tales documentos formaron lo que se conoció en el expediente como “Anexo 21” y con respecto a ellos, a nuestro juicio, se quebrantó también el principio de contradicción de la prueba. En efecto, es un hecho cierto la existencia de una gran cantidad de documentación en el proceso, por lo que por razones de orden fue necesario la apertura de cuadernos anexos. En tal virtud si en una providencia judicial se decide “poner a disposición de las partes la prueba que ha sido trasladada” sin especificar a cuales documentos se refiere el traslado, o a lo menos con la indicación de en cual de los distintos anexos se encuentra, ese traslado, a lo menos en principio, no cumple con la finalidad que le asigna para la publicidad de la prueba el propio Código de Procedimiento Penal entonces vigente.

No puede ni siquiera pensarse que por tratarse de prueba trasladada es suficiente para la eficacia de la misma que obren las fotocopias de documentos cuyos originales reposan en otro proceso. A este respecto, conviene reiterar que la prueba trasladada requiere también cumplir con los principios de la publicidad y la contradicción. Publicidad que tratándose de la prueba documental, exige que en el proceso inicial se haya cumplido o que, si ello no ocurrió así porque la parte contra quien se opone en el nuevo proceso no actuó en aquel, se cumpla en el segundo para que esos documentos puedan ser aceptados en todo o en parte, o tachados de falsos, o controvertidos con otros documentos, o con testimonios o con otras pruebas.

E igual sucede con el testimonio que se reciba en un proceso anterior si se traslada a un proceso nuevo, pues, si la parte contra quien se opone participó en la práctica del mismo en el primer proceso, se cumplieron ya los principios de la publicidad y la contradicción. En tanto que, si esto no sucedió, entonces para asegurar el cumplimiento de tales principios ese

testimonio ha de ser sometido a ratificación, es decir, debe recepcionarse de nuevo para permitir la conainterrogación al testigo, lo que opera cuando se trata de una indagatoria inicialmente recibida en un proceso y trasladada luego a un segundo proceso como prueba contra un tercero, pues, en ese caso, la declaración del indagado en el primer proceso obra como testimonio respecto de otro.

2.4. Así las cosas, aparece, entonces, que las pruebas a que se refieren los numerales precedentes no cumplieron tampoco con el principio de necesidad de la prueba establecido en el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal anteriormente vigente (Decreto 2700 de 1991), en cuyo artículo 246 se impuso a los funcionarios judiciales como un deber jurídico fundar sus providencias “en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”, principio que al igual que los de la publicidad y contradicción de la prueba forman parte integrante y esencial del debido proceso judicial.

2.5. No desvirtúa las conclusiones anteriores que en el proceso penal de que se trata se haya impetrado por el actor ponerle fin mediante “sentencia anticipada” para obtener una disminución de la condena, pues el propio artículo 37 del Código de Procedimiento Penal entonces en vigor, con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 81 de 1993, artículo 3º y la Ley 365 de 1997, artículo 11, establece que cuando dicha sentencia se solicita no puede dictarse si hubiere “habido violación de garantías fundamentales”, por la razón elemental de que el debido proceso es de orden público.

Del mismo modo, si bien es verdad que en la sentencia anticipada ella se dicta por aceptación de los hechos y de su imputación jurídica por el sindicado, lo que equivale a una confesión, no menos cierto es que la confesión, en materia penal, sola no es bastante para fundar en ella una decisión condenatoria, sino que se requiere su corroboración por otras pruebas, a diferencia de lo que ocurre en materia civil en la cual la confesión si puede servir como fundamento de la sentencia desfavorable a quien la hace y puede ser infirmada con otras pruebas.

1. Siendo ello así, a nuestro juicio, la acción de tutela a que se hace referencia debería haber sido concedida por violación del debido proceso en cuanto hace a la publicidad y la contradicción de las pruebas ya mencionadas, lo que no significa pronunciamiento alguno con respecto a la cuestión penal en discusión, pues, si la tutela hubiese sido concedida al juzgador le correspondería entonces dictar una nueva sentencia con apoyo en las demás pruebas que obran en el proceso y exclusión de aquellas respecto de las cuales se violaron los principios de la publicidad y la contradicción.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA,

AFREDO BELTRÁN SIERRA

RODRIGO ESCOBAR GIL

Aclaración de voto a la Sentencia SU.1300/01

DOCTRINA CONSTITUCIONAL COMO FUENTE DE DERECHO-Alcance/DOCTRINA PENAL-

## Prohibición de aplicar retroactivamente la desfavorable (Aclaración de voto)

Cada vez es más claro que, en ciertos aspectos y en determinados casos, la jurisprudencia, y en especial la doctrina constitucional, son en nuestro ordenamiento fuentes formales de derecho. Si eso es así, por elementales razones de seguridad jurídica, las reglas jurisprudencialmente construidas deben tener las garantías propias de la ley, esto es, deben respetar los principios de publicidad y de no retroactividad. En materia penal, además, esas reglas jurisprudenciales deben también acatar el principio de favorabilidad (CP art. 29). Por consiguiente, si en un determinado momento existe, con fuerza vinculante, una doctrina constitucional sobre el alcance de un delito, y ésta es modificada por la Corte en una sentencia posterior, esa segunda doctrina constitucional, si es menos favorable a los acusados, no puede ser aplicada retroactivamente. La interpretación contraria permitiría una vulneración del artículo 29 superior, que establece que nadie puede “ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, y que “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. En efecto, en la medida en que la doctrina constitucional tiene, en determinados casos, una fuerza general, es asimilable a la ley, y debe respetar estos mandatos constitucionales sobre la prohibición de la aplicación retroactiva de la norma penal desfavorable.

## ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR-Tipo penal derivado (Aclaración de voto)

La sentencia C-319 de 1996, concluyó que el EIP es “un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico”. Con el obvio respeto por las decisiones de la Corte, esa conclusión de la sentencia C-319 de 1996 me parece equivocada, por las siguientes dos razones: de un lado, desde el punto de vista de la tipicidad, es evidente que el EIP es un delito derivado, pues la norma exige que el incremento patrimonial sea “derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas” Por consiguiente, si esas actividades delictivas no existieron, no puede haber EIP, pues es imposible que exista un incremento patrimonial “derivado” de una actividad delictiva inexistente. De otro lado, el hecho de que no siempre deba existir sentencia condenatoria por el DF para que pueda haber investigación o condena por el EIP, no significa, en manera alguna, que las decisiones judiciales tomadas en relación con la investigación y sanción del DF no tengan ninguna relevancia para la investigación y sanción del EIP. Es obvio que en determinados casos, el proceso por el DF tiene una incidencia decisiva en el proceso por EIP. Por ende, aunque no siempre puede exigirse una condena previa por el DF para que alguien pueda ser investigado o sancionado por EIP, en determinados casos, el sentido de la decisión judicial por el DF tiene un impacto decisivo sobre el proceso por EIP, y por ello deberían operar algunas reglas procesales que eviten decisiones contradictorias.

## DERECHO A CONTRAINTERROGAR TESTIGOS-Doble dimensión/PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS ENTRE ACUSACION Y DEFENSA-Concepto (Aclaración de voto)

Un componente esencial del derecho de defensa y de contradicción de la prueba es la posibilidad que tiene todo procesado de contrainterrogar a los testigos de cargo. Además, conforme a la doctrina internacional sobre el tema, el derecho a contrainterrogar los testigos

se encuentra íntimamente ligado al mencionado principio de “igualdad de armas”, y por él se entiende que la defensa debe poder contrainterrogar al testigo en igualdad de condiciones que la agencia estatal encargada de sustentar la acusación penal. Así lo ha entendido, en numerosas sentencias, la Corte Europea de Derechos Humanos, cuya doctrina ha sido explícitamente acogida por la Corte Interamericana, y es por ende relevante para interpretar el contenido de los derechos constitucionales, tal y como esta Corte Constitucional lo ha señalado en numerosas ocasiones. El derecho a contrainterrogar los testigos de cargo presenta entonces una doble dimensión: de un lado, tiene un contenido mínimo, que debe ser respetado en todos los casos, y que consiste en que todo acusado debe gozar de una posibilidad adecuada de contrainterrogar al testigo de cargo. Una interpretación sistemática del derecho a controvertir pruebas (CP art. 29), a la luz de los pactos de derechos humanos y de la jurisprudencia internacional sobre la materia (CP art. 93), lleva a la siguiente conclusión: la Constitución confiere a toda persona acusada de un delito el derecho a contrainterrogar los testigos de cargo, en igualdad de condiciones a la parte acusadora. Y este derecho implica la facultad de la defensa no sólo de controvertir la valoración de un testimonio, una vez que éste fue realizado, sino también la posibilidad de participar directamente en la producción del mismo, con las mismas garantías que la parte acusadora, pues sólo así el acusado podrá tener los elementos suficientes para cuestionar la credibilidad y consistencia de esos testigos.

**PRUEBA TESTIMONIAL EN EL EXTERIOR-Debe ajustarse a requerimientos constitucionales (Aclaración de voto)**

No es de recibo el argumento de la sentencia, según el cual no hubo dicha afectación al derecho de defensa, por cuanto la práctica de esa prueba no sólo se ajustó a los acuerdos de cooperación judicial con los Estados Unidos sino que además su decreto, sin indicar fecha, ni lugar, ni hora, se debió al hecho de que el señor Pallomari era un testigo protegido por ese país. Así, es indudable que Colombia puede realizar intercambios de cooperación judicial, pero igualmente es claro que las pruebas provenientes de dichos intercambios deben ajustarse a los requerimientos constitucionales en materia de debido proceso y principio de contradicción, lo cual no sucedió en el presente caso.

**PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA SUMARIA-Cuando se presenta vulneración de derecho de defensa (Aclaración de voto)**

La incorporación en un proceso de una prueba sumaria no representa en sí misma una violación del derecho de defensa. La violación surge si el juez no permite la contradicción de la prueba e intenta fundamentar la culpabilidad del acusado en esa prueba, que no fue controvertida. Sin embargo, si esa prueba sumaria es controvertida ulteriormente, entonces puede servir de base a la correspondiente decisión judicial.

**PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA-Es un derecho del acusado (Aclaración de voto)**

La contradicción de la prueba es un derecho, y no un deber, del acusado, quien puede renunciar a controvertir la prueba presentada por la Fiscalía. Pero es obvio que si el acusado no ejerce ese derecho de contradicción, o renuncia a él, no puede luego alegar que fue condenado con base en una prueba sumaria. En efecto, el principio de contradicción exige

únicamente que la persona inculpada de un delito tenga la posibilidad de controvertir la prueba, pero obviamente no exige que efectivamente el acusado ejerza el derecho, pues, se repite, puede renunciar a esa garantía. En tales circunstancias, una prueba que originariamente era sumaria pero frente a la cual el acusado renuncia a su derecho a controvertirla, deja de ser sumaria y adquiere plena eficacia jurídica.

**PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA Y SENTENCIA ANTICIPADA-Renuncia a controvertir prueba (Aclaración de voto)**

Si un acusado (i) sabe que una prueba ha sido incorporada al expediente y (ii) que esa prueba constituye una de las bases de la formulación de los cargos por la Fiscalía, y a pesar de eso, (iii) recurre a una sentencia anticipada y (iv) acepta los cargos formulados, entonces esa persona está renunciando a controvertir esa prueba con el fin de obtener un beneficio punitivo. Mal podría entonces esa misma persona atacar la sentencia anticipada por falta de controversia de una prueba que él mismo aceptó no contradecir.

2- La presente tutela planteaba tres problemas diversos: (i) si la condena del actor por enriquecimiento ilícito configuraba o no una violación de los principios de legalidad, no retroactividad y favorabilidad de la ley penal, y si había habido o no violación al debido proceso, y en especial al derecho de contradicción de la prueba, (ii) en el traslado del llamado anexo 21, y (iii) en la práctica del testimonio del señor Pallomari.

En términos generales, estoy de acuerdo con la motivación de la sentencia en relación con los dos primeros problemas. Así, considero que no hubo vulneración del debido proceso en relación con el llamado anexo 21, y en este aspecto comparto plenamente el análisis de la sentencia. Igualmente, según mi parecer, la condena del señor Garavito no implicó una aplicación retroactiva ni desfavorable de la ley penal y por ello, con algunos matices menores, concuerdo con el estudio de la sentencia sobre este punto.

Por el contrario, la forma como fue ordenado y practicado el testimonio del señor Pallomari no permitió una adecuada contradicción de esa prueba, y pudo afectar el derecho de defensa del peticionario. No comparto pues el análisis de la presente sentencia sobre el desarrollo de esa prueba. La finalidad de esta aclaración es entonces presentar algunas observaciones suplementarias sobre el análisis del cargo relativo a la supuesta aplicación retroactiva de la ley penal, que buscan reforzar la argumentación de la sentencia sobre ese punto, y explicar las razones por las cuáles la forma como fue practicado el testimonio de Pallomari impidió un adecuado ejercicio del derecho de contradicción en ese momento procesal. Igualmente señalaré por qué, a pesar de esa afectación del derecho de contradicción de la prueba, la tutela no era procedente, por cuanto el peticionario recurrió a una sentencia anticipada, que implica precisamente una renuncia al derecho a controvertir las pruebas que sirvieron de base a la formulación de cargos por el fiscal.

La doctrina constitucional como fuente de derecho y los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal: la prohibición de la aplicación retroactiva de una doctrina penal desfavorable.

3- Cada vez es más claro que, en ciertos aspectos y en determinados casos, la jurisprudencia, y en especial la doctrina constitucional, son en nuestro ordenamiento fuentes

formales de derecho<sup>9</sup>. Si eso es así, por elementales razones de seguridad jurídica, las reglas jurisprudencialmente construidas deben tener las garantías propias de la ley, esto es, deben respetar los principios de publicidad y de no retroactividad. En materia penal, además, esas reglas jurisprudenciales deben también acatar el principio de favorabilidad (CP art. 29). Por consiguiente, si en un determinado momento existe, con fuerza vinculante, una doctrina constitucional sobre el alcance de un delito, y ésta es modificada por la Corte en una sentencia posterior, esa segunda doctrina constitucional, si es menos favorable a los acusados, no puede ser aplicada retroactivamente. La interpretación contraria permitiría una vulneración del artículo 29 superior, que establece que nadie puede “ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, y que “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. En efecto, en la medida en que la doctrina constitucional tiene, en determinados casos, una fuerza general, es asimilable a la ley, y debe respetar estos mandatos constitucionales sobre la prohibición de la aplicación retroactiva de la norma penal desfavorable.

4- El presupuesto teórico del cargo del demandante es entonces acertado: la doctrina constitucional penal desfavorable no puede ser aplicada retroactivamente. Creo entonces que la sentencia debió explícitamente resaltar ese principio. Es cierto que, en el fondo, la presente providencia lo acepta tácitamente, pues precisamente por ello examina el alcance de la doctrina desarrollada por la sentencia C-127 de 1993. Sin embargo, por la importancia de este principio, en términos de garantías penales y procesales, hubiera convenido que la Corte expresamente señalara que no es posible aplicar retroactivamente doctrinas constitucionales desfavorables en materia penal.

El caso del enriquecimiento ilícito de particulares.

5- Conforme a lo anterior, el peticionario tenía razón en que si la sentencia C-127 de 1993 había establecido una doctrina constitucional vinculante, que impedía la investigación y condena de un particular por enriquecimiento ilícito, sin que mediara la condena previa de otra persona por el delito específico del que habría provenido el enriquecimiento (delito fuente), y esa doctrina fue abandonada posteriormente por la sentencia C-319 de 1996, entonces la nueva doctrina sobre el supuesto carácter autónomo de ese delito no podría ser aplicada retroactivamente, por ser menos favorable al particular que es investigado por enriquecimiento ilícito. A pesar de lo anterior, la pretensión del actor no estaba llamada a prosperar, por cuanto se fundamentaba en un supuesto equivocado: no es cierto que la sentencia C-127 de 1993 hubiera establecido, con fuerza vinculante, la doctrina constitucional sobre la imposibilidad de investigar o condenar a alguien por enriquecimiento ilícito de particular (de ahora en adelante EIP), sin que mediara una condena previa por el delito fuente (de ahora en adelante DF). A las consideraciones que hace la presente sentencia sobre el punto, y que comparto plenamente, quisiera agregar tres observaciones suplementarias, que refuerzan la argumentación de la Corte.

6- En primer término, la presente sentencia tiene razón en recordar que entre 1993 y 1996, las decisiones de control constitucional sobre el tipo penal de EIP no fueron únicamente las sentencias C-127 de 1993 y la C-319 de 1996, sino que también hubo otra importante providencia. En efecto, la sentencia C-069 de 1994 estudió la constitucionalidad del artículo 6º de la Ley 40 de 1993, que regulaba el EIP derivado del secuestro, con una redacción

prácticamente idéntica a la prevista por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1.991, estudiado por la sentencia C-127 de 1993. Lo que quisiera resaltar es que la sentencia C-069 de 1994 declaró la exequibilidad del EIP derivado de secuestro, sin siquiera mencionar el tema de la necesidad de que debía existir una condena previa por el DF. En lo fundamental, esa sentencia dijo al respecto:

“El artículo 60. de la Ley sub examine exige dos condiciones para que se tipifique el hecho punible: en primer lugar, como la materia de la ley se refiere al secuestro, obviamente el incremento patrimonial no justificado debe ser -y se entiende que así es- derivado del delito de secuestro, de manera directa o indirecta. Esa es la intención del legislador, y ese es el sentido sistemático de la ley en estudio.

(...)

El segundo elemento condicional -señalado expresamente por la norma- es que el hecho no constituya otro delito. Lo anterior, porque de llegar a configurarse un delito no relacionado con el de secuestro, se configuraría el concurso material de delitos, se estaría regulando una materia diferente a la que constituye el objeto de la ley en cuestión, de suerte que se vulneraría el artículo 158 de la Carta.

Es claro, por tanto, que la norma acusada está contemplando la sanción a unos efectos patrimoniales -directos o indirectos- derivados de una causa ilícita específica: el delito de secuestro. La Corte encuentra razonable esta disposición por la coherencia causa-efecto que trae, pues si se considera que la causa es punible, obviamente también lo serán sus efectos patrimoniales propios, sean ellos directos o indirectos.

La norma, entendida en su exégesis, no está expresando cosa distinta a la evidencia de que un incremento patrimonial directa o indirectamente, derivado del delito de secuestro, no tiene un principio jurídico de razón suficiente que lo justifique, ya que evidentemente hay una causa ilícita. En otras palabras, nunca puede un efecto de esta índole estar, como diría el ius filósofo Stammler, formalmente justificado, por cuanto no corresponde a la idea de derecho, que para el autor citado es la justicia. La coherencia de la norma es oportuna, por cuanto si los efectos de una causa ilícita son justificados, tal acto, indirectamente, bajo algún aspecto, implica legitimar -por tolerancia- la ilicitud en sí, por cuanto la sanción recaería tan sólo sobre una parte del hecho, cuando se requiere la punibilidad total de una serie de causas y efectos que conforman una unidad. Por todo lo anterior, sería un contrasentido penalizar el secuestro y, al mismo tiempo, permitir sus efectos, directos o indirectos”.

Ahora bien, entre la sentencia C-127 de 1993, y la C-049 de 1994 transcurrió menos de un año. Resulta por lo menos poco creíble que la misma Corte Constitucional, con los mismos integrantes, hubiera considerado necesario, en forma unánime, en la sentencia C-127 de 1993, condicionar la constitucionalidad del EIP, y hubiera exigido la condena penal previa del DF, para luego declarar, nuevamente en forma unánime, la constitucionalidad simple del mismo delito, un año después. Esto refuerza entonces la idea de que el tantas veces mencionado párrafo de la sentencia C-127 de 1993 constituía tan solo un obiter dictum, y no un condicionamiento de la exequibilidad del artículo 10 del Decreto 2266 de 1.991.

7- En segundo término, incluso si admitiéramos, en gracia de discusión, que el párrafo de la

sentencia C-127 de 1993 condicionó la exequibilidad del EIP, lo cierto es que de él no se desprende que deba existir una condena previa del DF para que se pudiera investigar o condenar a alguien por EIP. Para mostrar lo anterior, conviene transcribir el citado párrafo, que literalmente dice:

“La expresión “de una u otra forma”, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”.

Nótese que el párrafo no señala expresamente que deba existir una condena previa del DF, sino que precisa que esa actividad delictiva debe estar “judicialmente declarada”. Ahora bien, es razonable suponer que la expresión “judicialmente declarada” significa que el DF debe estar judicialmente probado. Sin embargo, la única forma de probar en un proceso la existencia de un delito no es mediante una condena individual. Para entender esto, conviene tener en cuenta que una condena penal implica un doble juicio y una doble prueba: (i) prueba de la existencia del delito y (ii) prueba de la culpabilidad del procesado. Es entonces factible imaginar muchas situaciones en donde es posible demostrar judicialmente la existencia de un hecho punible, pero sin que se pueda probar la responsabilidad penal de nadie.

Una cosa es entonces que judicialmente se pruebe que un hecho punible ha sido cometido y otra que existan pruebas para poder condenar a alguien por haberlo cometido. Y esta distinción es perfectamente razonable, como lo muestra el siguiente ejemplo. Supongamos que varios testigos ven como una persona se acerca a otra y, después de gritarle que por fin la encontró para matarla, la asesina con varios disparos, y luego huye. Supongamos que se inicia la investigación, se hace el levantamiento del cadáver y la autopsia, y se toman las declaraciones de los testigos. La necropsia concluye que la persona murió a consecuencia de disparos efectuados a menos de tres metros, el cadáver existe y los testimonios describen como sucedieron los hechos. ¿No son tales pruebas suficientes para concluir que hubo un homicidio? Sin lugar a dudas, pero tal vez nunca se pueda individualizar a su autor, que huyó. Ahora bien, aun cuando no haya condena, no podríamos concluir que no ha habido prueba judicial de la existencia del homicidio, pues el hecho punible ha sido demostrado. La actividad delictiva puede entonces ser “judicialmente declarada”, sin necesidad de que exista una condena penal.

8- Con todo, podría afirmarse que mi interpretación del párrafo es equivocada, pues olvida que la última parte del mismo parece vincular la declaración judicial de las actividades delictivas previas a la existencia de condenas definitivas, fundándose para ello en el artículo 248 de la Constitución, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales. Sin embargo, esa objeción no es válida, por cuanto el artículo 248 superior se refiere a los antecedentes personales, pero no tiene ninguna relación con la prueba de la existencia material de los hechos punibles. Esa disposición no impide entonces que se pueda probar la existencia de un delito, sin que medie condena judicial. Lo que esa

norma prohíbe, en desarrollo de la presunción de inocencia, es que pueda señalarse que una persona tiene antecedentes penales si esa persona no ha sido condenada por un delito. Pero ese mandato no tiene ninguna relevancia para efectos de probar la existencia material de un hecho punible, cuando esa prueba de la existencia del hecho punible sea relevante para cualquier efecto judicial. Por ejemplo, supongamos que el Congreso, en desarrollo de los derechos de las víctimas, promulga una ley que señala que quien haya sido víctima de un determinado delito (tortura, secuestro, etc) recibirá del Estado un subsidio, para superar los traumas derivados de esas agresiones. Es obvio que quien quiera beneficiarse de esa ley debe mostrar que fue víctima de uno de esos delitos, y por ende, esas actividades delictivas deben estar “judicialmente declaradas”. Sin embargo, sería absurdo invocar el artículo 248 de la Carta para concluir que ninguna víctima puede obtener ese subsidio, si no existe una condena previa del autor del ilícito, pues en muchos casos dicha condena es imposible, por ejemplo, porque el presunto responsable ya falleció.

Conforme a lo anterior, el mencionado párrafo de la sentencia C-127 de 1993, en caso de que hubiera condicionado la exequibilidad del EIP, únicamente exigía que el DF hubiera sido probado judicialmente, para que pudiera condenarse a un particular por EIP. Ese requerimiento es a toda luz razonable, pues no creo que pueda condenarse a alguien por tener un incremento patrimonial no justificado, “derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas”, si no se prueba en el proceso, no sólo la existencia material de esas actividades criminales delitos sino además su vínculo con el incremento patrimonial no justificado. Sin embargo, la prueba del DF no implica obligatoriamente la condena individual de algún responsable, y nada se opone a que la prueba del hecho material de ese DF pueda hacerse durante el propio proceso que se sigue por EIP.

9- La precisión precedente me lleva a una tercera observación sobre el tema, que básicamente de dogmática penal, pero que resulta útil para despejar muchos equívocos relacionados con el debate que ha surgido sobre el carácter derivado o autónomo del EIP.

Según mi parecer, el EIP se asemeja mucho a otros tipos penales contra la administración de justicia y el orden económico, en general conocidos como encubrimiento (favorecimiento personal, real y receptación), y que están en casi todas las legislaciones penales del mundo.

Todos estos delitos tienen tres elementos comunes con el EIP: (i) debe haber un DF; (ii) no debe haber habido concierto por quien comete el encubrimiento, receptación o EIP para cometer el DF, pues si lo ha habido, se trataría de una coparticipación a título de coautoría o complicidad en el DF; y (iii) la persona que favorece, recepta, lava o se enriquece ilícitamente, debe saber que la conducta previa era delictiva, y a pesar de eso querer, o al menos aceptar, a sabiendas, encubrir el DF o favorecerse de él (dolo directo o eventual).

11- Ahora bien, sin lugar a dudas el EIP, al igual que la receptación o el encubrimiento son, desde el punto de vista de la tipicidad, delitos derivados, pues requieren que haya existido un DF. Sin embargo, este carácter derivado de estos delitos no significa que automáticamente, y en todos los casos, deba juzgarse y condenarse el primer delito para que pueda juzgarse y condenarse el segundo. Gran parte de la confusión en este tema radica entonces en creer que el carácter derivado de un delito, desde el punto de vista de la tipicidad, implica automáticamente una suerte de carácter derivado del procedimiento. Pero ello no es así, como lo ha reconocido de manera bastante uniforme la doctrina y la

jurisprudencia comparadas, que han aceptado que puede investigarse y condenarse el delito derivado, sin que siquiera haya habido denuncia por el DF. Así, la doctrina es uniforme en aceptar que puede haber condena por un delito típicamente derivado, como la receptación, sin que haya habido condena por el hurto previo. Por ejemplo, Maggiore, comienza señalando que la receptación es un delito derivado o accesorio, por lo cual si no hay DF no hay receptación. Dice este autor:

“La receptación presupone la existencia de un delito anterior. En efecto, la ley habla de “dinero o cosas procedentes de un delito”. En este sentido, puede reconocérsele a la receptación el carácter de delito accesorio (lo cual se discutía durante la vigencia del Código derogado).

Por lo tanto, la receptación es autónoma en cuanto el receptor no concurre en el delito principal; y es accesoria en cuanto no se puede receptar sino lo que proviene de un delito anterior.

El delito tiene que haberse cometido efectivamente; si fuera inexistente y simulado de manera artificiosa (como en el caso de que el oferente de una cosa, para justificar su bajo precio, dijera que es robada), nos hallaríamos ante un delito putativo, y de receptación ya no podría hablarse.”

Sin embargo, aclara Maggiore, eso no significa que tenga que haber condena por el delito previo, pues la “preexistencia no quiere decir que el delito anterior haya sido comprobado judicialmente” en forma previa, sino que “basta que al juez que conoce de la receptación le resulte existente.”<sup>10</sup> En el mismo sentido se pronuncia Raineri, para quien para la receptación presupone la existencia del delito previo, pero no obligatoriamente la condena previa pues, según su parecer, es suficiente que el juez “pueda convencerse de que las cosas receptadas provienen del delito”, por lo cual “basta, para que exista receptación, que se tenga prueba de que las cosas receptadas provienen de un hecho anterior delictuoso.”<sup>11</sup>

Puede entonces haber condena por receptación, sin que haya habido condena por el DF, tesis que es perfectamente aplicable al EIP. En efecto, en muchas ocasiones puede ser imposible que haya condena por el DF, pero eso no significa que la receptación o el EIP dejen de existir.

12- Algunos ejemplos hipotéticos ilustran lo anterior. Aclaro que debido a la similitud entre esos tipos penales, estos ejemplos pueden plantear problemas de adecuación típica, pues pueden ser subsumidos en varios de esos hechos punibles, lo cual lleva a discusiones complejas sobre si se trata de concursos reales o meramente aparentes. Pero este debate no es relevante para nuestro presente análisis.

Supongamos entonces que una persona confiesa la realización de cierta conducta delictiva, y que existen otros elementos probatorios que confirman la veracidad de tal confesión y comprometen a terceros por EIP. Ahora bien, si este sindicado fallece, y con ello se extingue la acción penal y se hace imposible dictar sentencia definitiva respecto del delito confesado, tiene lugar entonces la pregunta: ¿ha sido o no probada judicialmente la conducta delictiva? O incluso aún: ¿deja de ser delictiva la conducta confesada expresamente y por ende se hace imposible sancionar a quienes se hayan enriquecido de esas actividades? Es indudable que

no, pues esa confesión, unida a otros elementos de juicio, probados cada uno observando estrictamente la ritualidad del debido proceso, pueden llevar a la autoridad judicial a declarar probada esa conducta dentro del proceso de EIP, cuando dicha confesión y los otros elementos, constituyan pruebas dentro de este proceso. Es decir, que las pruebas allegadas en el primer caso, comprometan a quienes se les investigue por el delito de EIP. Por ende, si ese material probatorio se ventila y se lleva como elemento de prueba en el caso concreto que se sigue por EIP, es perfectamente admisible que el funcionario judicial, al hacer la evaluación correspondiente de todo el conjunto probatorio, pueda declarar judicialmente la existencia de una actividad ilícita de la cual deriva el EIP, y operar entonces la correspondiente adecuación típica. No hay pues desconocimiento del principio de legalidad, siempre y cuando se muestre judicialmente la conexión entre la conducta delictiva y el enriquecimiento ilícito, por lo cual no es siempre necesaria la existencia de una condena judicial previa en firme.

Otro ejemplo ilustra lo anterior<sup>12</sup>. Supongamos que una persona denuncia el robo de su carro. Varios testigos observaron la manera como fue sacado violentamente del vehículo por unos hombres armados. Luego, la Policía, en un allanamiento a un almacén de autopartes, encuentra varios elementos provenientes del carro. El dueño del almacén confiesa entonces que unos días antes, unas personas le vendieron los repuestos a un muy bajo precio, aclarándole que esa “ganga” se debía a que provenían de un auto robado. Sin embargo, nunca se logró identificar a quienes le vendieron los repuestos. ¿Significa lo anterior que no se puede condenar al dueño del almacén por EIP o por receptación? Me parece claro que puede ser condenado, pues están probados todos los elementos del tipo: de un lado, hubo DF, cuya existencia aparece probada judicialmente; de otro lado, el dueño se benefició del mismo; y, finalmente hubo dolo, pues compró los repuestos a sabiendas de que provenían de un robo. Por ende, claramente aparece probada la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta del dueño del almacén, quien debe entonces ser condenado por receptación o por EIP.

13- La jurisprudencia comparada también ha concluido que no siempre tiene que existir condena por el DF para que pueda haber condena por el delito derivado. Así, desde inicios de siglo, y en jurisprudencia constante hasta nuestros días, la Corte de Casación Italiana ha aceptado que, en determinados casos, puede haber condena por receptación, sin que haya habido condena por el delito previo. Así, en la casación del 3 de julio de 1933 sostuvo:

“Para dictar sentencia de condena por receptación, es suficiente comprobar que las cosas receptadas provienen de un delito efectivamente cometido, pero no es preciso que se haya iniciado proceso penal para este delito. Ninguna disposición legal les prohíbe a los jueces condenar por receptación cuando no se ha iniciado proceso penal para el delito principal, pues el carácter accesorio del delito de receptación es exclusivamente inherente a una relación entre delitos, es decir, a una relación de carácter real, no de carácter procesal (subrayas no originales).<sup>13</sup>”

Ahora bien, lo que sí es obvio, es que la existencia del delito debe estar probada en el proceso por receptación, y que para que haya condena, el actor debe haber sabido “el origen delictuoso de los objetos; y por conocimiento ha de entenderse en este caso, no una vaga noción que oscile entre la sospecha y la certeza, sino la plena certeza del origen impuro de

las cosas receptadas”<sup>14</sup>. Toda duda sobre este punto debe ser absuelta en favor del procesado. En síntesis, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italianas, para que pueda ocurrir un delito derivado, como la receptación o el favorecimiento, es necesario que el delito previo preexista materialmente. Pero eso es lo único que se exige, por lo que la doctrina y la jurisprudencia de ese país concluyen que “solamente las causas objetivas de exclusión del delito pueden excluir el favorecimiento, mientras que las causas subjetivas lo dejan vigente<sup>15</sup>”, conclusión que se considera plenamente aplicable al delito de lavado, que es en ese país, el equivalente funcional del EIP en nuestro ordenamiento.

14- El error conceptual del demandante es entonces creer que por ser el EIP un delito derivado, desde el punto de vista de la tipicidad, entonces existe una suerte de prejudicialidad procesal absoluta, y por ello siempre debe haber condena previa del DF para que pueda condenarse a alguien por EIP. Esa tesis, como he intentado mostrarlo, es irrazonable. Sin embargo, la tesis totalmente opuesta es también equivocada: no debemos concluir que como no es sensato exigir, en todos los casos, la condena previa por el DF, para que pueda condenarse por EIP, entonces el EIP es un delito autónomo, y la condena por el DF no puede ser exigida en ningún caso. Desafortunadamente, esa concepción opuesta fue asumida por la sentencia C-319 de 1996, que concluyó que el EIP es “un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico”. Con el obvio respeto por las decisiones de la Corte, esa conclusión de la sentencia C-319 de 1996 me parece equivocada, por las siguientes dos razones: de un lado, desde el punto de vista de la tipicidad, es evidente que el EIP es un delito derivado, pues la norma exige que el incremento patrimonial sea “derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas” Por consiguiente, si esas actividades delictivas no existieron, no puede haber EIP, pues es imposible que exista un incremento patrimonial “derivado” de una actividad delictiva inexistente. De otro lado, el hecho de que no siempre deba existir sentencia condenatoria por el DF para que pueda haber investigación o condena por el EIP, no significa, en manera alguna, que las decisiones judiciales tomadas en relación con la investigación y sanción del DF no tengan ninguna relevancia para la investigación y sanción del EIP. Es obvio que en determinados casos, el proceso por el DF tiene una incidencia decisiva en el proceso por EIP. Por ejemplo, si Juan es acusado de haberse enriquecido ilícitamente del delito cometido por Pedro, y en el juicio penal contra Pedro, queda demostrado que el delito nunca existió, entonces es obvio que esa sentencia debe implicar la absolucón de Juan, por cuanto su comportamiento sería atípico.

Por ende, aunque no siempre puede exigirse una condena previa por el DF para que alguien pueda ser investigado o sancionado por EIP, en determinados casos, el sentido de la decisión judicial por el DF tiene un impacto decisivo sobre el proceso por EIP, y por ello deberían operar algunas reglas procesales que eviten decisiones contradictorias, como las que existen en Italia para la investigación de los delitos de receptación y lavado, cuya estructura es muy similar al EIP. Dice al respecto Antolisei:

15- En determinados casos, algunas formas de prejudicialidad y acumulación procesal pueden entonces ser necesarias en la investigación del EIP, a fin de asegurar la coherencia de la actividad judicial. Sin embargo, eso no implica que siempre deba existir condena previa del DF para que alguien pueda ser investigado o sancionado por EIP, por lo que el argumento

del peticionario, en este punto, carecía de todo sustento.

La declaración del señor Pallomari, el derecho a contrainterrogar testigos y la igualdad de armas entre acusación y defensa.

16- La sentencia argumenta que la declaración de Pallomari no implicó ninguna violación al derecho de defensa, básicamente por tres razones: de un lado, porque el decreto y la práctica de este testimonio se hicieron conforme a las normas procesales vigentes, y en especial, en desarrollo de acuerdos de cooperación judicial con los Estados Unidos y con base en el artículo 186 del entonces C de PP, que no ordenaba notificar el auto que decreta pruebas durante el sumario. De otro lado, porque la providencia que ordenó el testimonio consignó el cuestionario que debía absolver el testigo y le dio la oportunidad a la defensa de formular nuevas preguntas. Y, finalmente, la sentencia considera que no era grave que ese auto no hubiera señalado con claridad la fecha y hora en que se debía practicar el testimonio, pues el decreto de la prueba era conocido, así como también el cuestionario que debía absolver el testigo. Además, argumenta la Corte, esa omisión es explicable, por cuanto el señor Pallomari se encuentra bajo protección de los Estados Unidos. Por todo ello, la sentencia concluye que en ningún momento el magistrado sustanciador de la Corte Suprema intentó ocultar la práctica de esa prueba, o impedir su contradicción por el sindicado, quien tuvo entonces la posibilidad de controvertirla, pues pudo no sólo conocer el cuestionario que iba a ser absuelto por el testigo sino además formular otras preguntas.

17- No puedo compartir el anterior análisis. Es posible que el decreto y la práctica del testimonio se hubieran adaptado a las disposiciones legales vigentes; y no hay nada en el expediente que siquiera sugiera que el magistrado sustanciador hubiera intentado evitar la contradicción de la prueba. Sin embargo, esos dos puntos, si bien son relevantes, no son decisivos en el presente caso, pues el análisis constitucional en sede de tutela no es un estudio de la legalidad de la actuación cuestionada, ni mucho menos una investigación de la responsabilidad personal de la parte demandada, sino que tiene otra finalidad: examinar si la actuación vulnera o amenaza un derecho fundamental. Es cierto que a veces ese examen constitucional tiene vínculos estrechos con el estudio de la legalidad de la actuación de la autoridad pública y su posible dolo o culpa. Pero se trata de cuestiones diferentes: una autoridad puede no haber incurrido en ninguna responsabilidad y puede haber ajustado su comportamiento a las prescripciones legales; sin embargo, su actuación puede afectar un derecho fundamental. Y eso sucedió en el presente caso, pues la forma como se desarrolló el testimonio del señor Pallomari afectó su contradicción por la defensa. Para mostrar lo anterior, comenzaré por brevemente recordar el alcance del derecho de contradicción en materia de testimonios, para luego estudiar concretamente el decreto y práctica de esa prueba.

18- Según el artículo 29 de la Carta, un componente esencial del debido proceso en materia penal es el derecho del acusado "a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra". Esta disposición incorpora entonces el principio de contradicción de la pruebas, que es un elemento esencial no sólo del derecho de defensa sino de la estructura garantista y respetuosa de la dignidad humana, que debe tener el proceso penal en una sociedad democrática. En efecto, esa controversia no sólo permite que el acusado pueda defenderse sino que, además, le confiere plena dignidad, como un sujeto procesal que debe gozar de las

mismas garantías que la parte acusadora. Por ello, la contradicción de la prueba ha estado usualmente asociado, tanto a nivel doctrinal como en la jurisprudencia internacional de derechos humanos, al llamado principio de “igualdad de armas” entre la acusación y la defensa, según el cual, el órgano acusador del Estado y el procesado deben contar con las mismas oportunidades de desarrollar la controversia probatoria<sup>17</sup>. Finalmente, la posibilidad de contradecir la prueba racionaliza el proceso, pues la verdad surge de un debate, realizado ante un órgano independiente e imparcial (el tribunal), entre dos sujetos jurídicamente iguales: una parte acusadora, que debe probar la hipótesis de culpabilidad pues tiene la carga de la prueba, y la defensa, que despliega su actividad para refutar las hipótesis de la parte acusadora. Esta Corte Constitucional, en la sentencia T-055 de 1994, explicó la importancia del principio de contradicción de la prueba, en los siguientes términos:

“5- La investigación y el descubrimiento de la verdad suponen la puesta en tela de juicio de los elementos fácticos y normativos que ingresan al proceso y, en consecuencia, presuponen el debate y la confrontación entre las diferentes versiones y partes. El proceso no puede ser concebido como una serie de pasos encaminados a la demostración de una hipótesis planteada por el fiscal o juez. Así se eliminaría su connatural elemento dialéctico, cuya presencia activa en todas sus fases, asegura que la verdad real aflore a partir de la controversia. De acuerdo con la naturaleza bilateral del proceso penal, el imputado debe ser oído y sus argumentos deben ser sopesados con indagaciones y estudio.

6- El principio de contradicción (C.P.P. art. 7) es el fundamento de la realización del principio de defensa (C.P.P. art. 1 inc. 1) y, este a su vez, es condición necesaria para la efectividad del derecho al debido proceso (C.P.P. art. 1). De esta cadena de elementos se desprende el postulado de la imparcialidad del funcionario judicial, que se concreta en la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado y que se encuentra consagrado en la ley penal (C.P.P. art. 249) y en la Constitución (C.P. art. 250 inc. último)”.

19- Este derecho fundamental a controvertir las pruebas debe ser interpretado de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93), los cuáles se entienden incorporados al bloque de constitucionalidad. Ahora bien, tanto la Convención Interamericana como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos ratificados por Colombia, traen normas muy precisas en materia de testigos. Así, el artículo 8-2 de la Convención Interamericana señala explícitamente que “toda persona inculpada de delito tiene derecho, en plena igualdad” a ciertas “garantías mínimas”, entre las cuáles está el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. Por su parte, el artículo 14-3 del Pacto Internacional señala que toda persona acusada de un delito tiene “derecho, en plena igualdad”, a ciertas “garantías mínimas”, entre las cuales encontramos la facultad de “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

Estas normas señalan entonces que un componente esencial del derecho de defensa y de contradicción de la prueba es la posibilidad que tiene todo procesado de contrainterrogar a

los testigos de cargo. Además, conforme a la doctrina internacional sobre el tema, el derecho a conainterrogar los testigos se encuentra íntimamente ligado al mencionado principio de "igualdad de armas", y por él se entiende que la defensa debe poder conainterrogar al testigo en igualdad de condiciones que la agencia estatal encargada de sustentar la acusación penal. Así lo ha entendido, en numerosas sentencias, la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>18</sup>, cuya doctrina ha sido explícitamente acogida por la Corte Interamericana<sup>19</sup>, y es por ende relevante para interpretar el contenido de los derechos constitucionales, tal y como esta Corte Constitucional lo ha señalado en numerosas ocasiones.

20- El derecho a conainterrogar los testigos de cargo presenta entonces una doble dimensión: de un lado, tiene un contenido mínimo, que debe ser respetado en todos los casos, y que consiste en que todo acusado debe gozar de una posibilidad adecuada de conainterrogar al testigo de cargo. Así, la Corte Europea ha entendido que en principio, esos testimonios debe ser "producidos frente al acusado en una audiencia pública, a fin de permitir un debate contradictorio". Sin embargo, ha considerado que son admisibles los testimonios realizados durante la instrucción, siempre y cuando aseguren el derecho de defensa, por lo cual "debe acordarse al acusado una ocasión adecuada y suficiente de controvertir el testimonio de cargo y de interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde"<sup>20</sup>.

Por su parte, la Corte Interamericana, en la sentencia del 30 de mayo de 1999, en el caso Castillo Petruzzi, retomó esos criterios de la Corte Europea, y concluyó que "dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa" (Parr 154).

Igualmente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que es el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señaló que esa disposición sobre el derecho a conainterrogar testigos "está concebida para garantizar al acusado las mismas facultades jurídicas para hacer comparecer a los testigos y para examinar y conainterrogar cualquier testigo disponible a la fiscalía"<sup>21</sup>.

21- Algunos ejemplos de la aplicación de esa garantía son útiles para comprender su alcance. Así, en el caso Unterpertinger, la Corte Europea estudio la legitimidad de la condena impuesta al peticionario por lesiones personales a su nuera y a su esposa, quienes habían testimoniado ante la policía, pero se negaron a declarar en la audiencia pública, basándose en la posibilidad que les brindaba el estatuto procesal penal. La Corte concluyó que como el señor Unterpertinger no pudo conainterrogar a esos testigos, su proceso no fue equitativo y hubo una violación del derecho de defensa.

En el asunto Kotovski, la Corte Europea analizó si en un caso de criminalidad organizada, la condena del peticionario, que se basó en testigos anónimos, que estaban autorizados por la ley holandesa, se ajustaba o no a la Convención. La Corte concluyó que, a pesar de que la defensa pudo interrogar a un policía y a dos jueces de instrucción que habían tomado las declaraciones de los testigos anónimos, sin embargo Holanda había vulnerado el derecho al debido proceso, pues en ningún momento la defensa pudo interrogar directamente a esos

testigos, lo cual la privó de elementos básicos para controvertir la credibilidad de esas pruebas.

En el caso *Windisch contra Austria*, la Corte Europea analizó otra condena fundada en testigos anónimos, y concluyó nuevamente que había habido violación al derecho a un proceso equitativo, a pesar de que esa práctica testimonial se había fundado en normas internas de Austria. En particular, la Corte descartó el argumento del Gobierno, según el cual el señor Windisch tuvo siempre la posibilidad de formular preguntas escritas a los testigos, pues el tribunal consideró que esos mecanismos no tienen la entidad suficiente para “reemplazar el derecho a interrogar personalmente, frente al tribunal, a los testigos de cargo” (Parr 28 de la sentencia).

Por su parte, la Corte Interamericana, en el caso *Castillo Petruzzi*, tuvo que analizar si se ajustaba al Pacto de San José la condena de cuatro ciudadanos chilenos procesados en el Estado peruano, de conformidad con la legislación antiterrorista, por un tribunal secreto perteneciente a la justicia militar. En particular, la Corte evaluó si desconocía o no el derecho de defensa que, conforme a la legislación peruana vigente, los testimonios hubieran sido tomados sin la presencia de los acusados o sus abogados: La sentencia concluyó que “la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (Parr 155).

Igualmente, en la sentencia del 18 de agosto de 2000 del caso *Cantoral Benavides*, la Corte Interamericana estudió si había habido violación al debido proceso porque los miembros de la policía que habían confeccionado el atestado policial que incriminó al peticionario no prestaron declaración en los procesos penales, para lo cual se basaron en los artículos 13.c) y 2.b) de los Decretos Leyes No. 25.475 y No. 25.744, respectivamente, que prohibían la comparecencia como testigos ante el Tribunal de la causa a quienes han intervenido en la elaboración del atestado policial y a los miembros de las fuerzas armadas que han capturado a los inculpados. La Corte Interamericana concluyó que la imposibilidad de recibir y confrontar esos testimonios había implicado una violación al derecho de defensa (Parrs 115 y 126)

Nótese que en todos estos casos, las autoridades nacionales actuaron de conformidad a las disposiciones legales internas. Y sin embargo, en todas ellas, la Corte Europea y la Corte Interamericana concluyeron que los Estados habían desconocido el derecho de defensa, por no permitir una contradicción adecuada e igualitaria del testimonio. Igualmente, nótese que en varios de esos casos, los Estados invocaron situaciones excepcionales y particulares para restringir la controversia probatoria, como la necesidad de proteger la seguridad de los testigos o combatir la criminalidad organizada. Sin embargo, tanto la Corte Europea como la Corte Interamericana negaron esas defensas de los Estados, pues consideraron que esas situaciones no justificaban una restricción tan importante al derecho a contrainterrogar los testigos de cargo.

22- Una interpretación sistemática del derecho a controvertir pruebas (CP art. 29), a la luz de los pactos de derechos humanos y de la jurisprudencia internacional sobre la materia (CP art. 93), lleva a la siguiente conclusión: la Constitución confiere a toda persona acusada de un

delito el derecho a contrainterrogar los testigos de cargo, en igualdad de condiciones a la parte acusadora. Y este derecho implica la facultad de la defensa no sólo de controvertir la valoración de un testimonio, una vez que éste fue realizado, sino también la posibilidad de participar directamente en la producción del mismo, con las mismas garantías que la parte acusadora, pues sólo así el acusado podrá tener los elementos suficientes para cuestionar la credibilidad y consistencia de esos testigos. Esta Corte, en la sentencia T-055 de 1994, ya había señalado al respecto:

“De otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por la ley 74 de 1968), consagra en su artículo 14-3-d, el derecho de toda persona acusada de haber cometido un delito, de interrogar o hacer interrogar en el proceso, tanto a los testigos de cargo como a los de descargo y ello en las mismas condiciones. La Convención Interamericana (ratificada por la ley 16 de 1972), establece en su artículo 8-2-f, el derecho del inculpado a obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. Tres posibilidades pueden ser diferenciadas en esta manifestación del derecho de defensa del sindicado, imputado o procesado: 1) la de interrogar a los testigos que intervienen en su contra, 2) la de presentar testigos que declaren a su favor y 3) la de participar, en condiciones de igualdad, en todo el proceso de contradicción y debate que se lleva a cabo con la presentación de testigos”.

23- Los anteriores criterios muestran que la declaración rendida por el señor Pallomari no se ajustó a esos requerimientos constitucionales. En efecto, el auto que decretó la prueba no señaló ni la fecha, ni la hora, ni el lugar en donde sería practicado ese testimonio, a pesar de que se trataba de una diligencia fuera del país, con lo cual prácticamente se negó a la defensa la posibilidad de poder participar en la realización misma de la diligencia. El acusado no tuvo entonces la posibilidad de contrainterrogar personalmente al testigo en esa ocasión. En esas condiciones, si al procesado no se le hubiera permitido una posterior oportunidad para ejercer ese contrainterrogatorio, se le habrían desconocido las garantías mínimas del derecho de defensa previstos por los pactos de derechos humanos ratificados por Colombia.

De otro lado, la declaración del señor Pallomari fue recibida por un grupo de fiscales, comisionados por la Corte Suprema. Ahora bien, en estos procesos, tanto la Corte Suprema, (en caso de que el proceso hubiera seguido tramitado ante ella), como la Fiscalía General, (si cesaba el fuero del acusado, como ocurrió posteriormente), son los órganos del Estado que ejercen la acción penal. Esto significa que mientras la parte acusadora del Estado tuvo la oportunidad de directamente interrogar al testigo y formularle las preguntas que juzgó pertinentes, la defensa no contó en ese momento con la posibilidad de contrainterrogar personalmente a ese testigo. La igualdad de armas entre la acusación y la defensa fue rota en esta diligencia, sin que dicha igualdad fuera restablecida posteriormente, pues el peticionario no pudo ulteriormente contrainterrogar a ese testigo.

24- En tales circunstancias, no es de recibo el argumento de la sentencia, según el cual no hubo dicha afectación al derecho de defensa, por cuanto la práctica de esa prueba no sólo se ajustó a los acuerdos de cooperación judicial con los Estados Unidos sino que además su decreto, sin indicar fecha, ni lugar, ni hora, se debió al hecho de que el señor Pallomari era un testigo protegido por ese país. Así, es indudable que Colombia puede realizar

intercambios de cooperación judicial, pero igualmente es claro que las pruebas provenientes de dichos intercambios deben ajustarse a los requerimientos constitucionales en materia de debido proceso y principio de contradicción, lo cual no sucedió en el presente caso.

Vulneración del derecho de contradicción y sentencia anticipada.

25- El análisis precedente ha mostrado que al peticionario le fue afectado su derecho de contradicción durante el decreto y práctica del testimonio del señor Pallomari. A pesar de lo anterior, compartí la parte resolutive de la presente sentencia, que negó la tutela solicitada, por la siguiente razón: el peticionario recurrió a una sentencia anticipada que, según las normas entonces vigentes, supone una rebaja de pena. Al acogerse a este beneficio, el actor no sólo renunció a la contradicción de esas pruebas, sino que además dejó de utilizar los recursos judiciales posteriores que tenía durante el juicio, o durante una eventual apelación, para exigir que se realizara, en debida forma, ese contrainterrogatorio.

26- La sentencia anticipada es un mecanismo de terminación del proceso, en virtud del cual, la ley concede una rebaja de pena al procesado que colabora con la administración de justicia, y acepta los cargos que fueron formulados por el fiscal. Esa aceptación de los cargos, que equivale a una confesión, evita un desgaste de recursos estatales, pues el proceso llega a su fin, antes de agotarse o cumplirse todas las etapas procesales establecidas, lo cual incrementa la eficacia y eficiencia del aparato judicial. Por ello, la ley premia al acusado que acepta ese mecanismo.

“Todo el sistema de garantías queda así desquiciado: el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación; los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, ya que no existe ningún criterio legal que condicione la severidad o la indulgencia del ministerio público y que discipline la partida que ha emprendido con el acusado; la inderogabilidad del juicio, que implica infungibilidad de la jurisdicción y de sus garantías, además de la obligatoriedad de la acción penal y de la indisponibilidad de las situaciones penales, burladas de hecho por el poder del ministerio fiscal de ordenar la libertad del acusado que se declara culpable; la presunción de inocencia y la carga de la prueba a la acusación, negadas sustancial, ya que no formalmente, por la primacía que se atribuye a la confesión interesada y por el papel de corrupción del sospechoso que se encarga a la acusación cuando no a la defensa; el principio de contradicción, que exige el conflicto y la neta separación de funciones entre las partes procesales. Incluso la propia naturaleza del interrogatorio queda pervertida: ya no es medio de instauración del contradictorio a través de la exposición de la defensa y la contestación de la acusación, sino relación de fuerza entre investigador e investigado, en el que el primero no tiene que asumir obligaciones probatorias sino presionar sobre el segundo y recoger sus autoacusaciones. 22”

28. Estas críticas al derecho premial y a mecanismos como la sentencia anticipada podrían suscitar dudas sobre su constitucionalidad. Sin embargo, lo cierto es que la sentencia anticipada fue introducida en nuestro ordenamiento y esta Corte ha declarado su exequibilidad en varias oportunidades<sup>23</sup>, por lo que, desde el punto de vista constitucional, el debate sobre la legitimidad de la figura ya ha sido resuelto. Mi análisis parte entonces de

la idea de que nuestro ordenamiento admite la sentencia anticipada y que el actor se acogió a ella, precisamente para beneficiarse de la rebaja de pena, que le fue efectivamente concedida. En ese orden de ideas, el interrogante que surge es el siguiente: ¿a qué renuncia una persona que se acoge a una sentencia anticipada para obtener la rebaja de pena prevista por la ley? Y la respuesta es clara: el procesado, al acogerse a la sentencia anticipada, acepta los cargos, tal y como fueron formulados por el fiscal, y entonces no sólo desiste de la tramitación total del proceso sino que también renuncia a la contradicción y confrontación de aquellas pruebas que sirvieron de sustento a la presentación de los cargos por el fiscal. En efecto, si con el fin de obtener una reducción punitiva, el acusado acepta los cargos presentados por el fiscal, y que se apoyan en unas pruebas que obran en el expediente, no puede posteriormente controvertir la validez de esas mismas pruebas, ya que incurriría en una clara deslealtad procesal. Por ello, en reiteradas ocasiones, la Corte Suprema y la doctrina han considerado que si una persona recurre a la sentencia anticipada, no puede posteriormente retractarse, y por ello se entiende que “renuncia a refutar la acusación y controvertir la prueba de cargo”<sup>24</sup>. En esas condiciones, como los cargos presentados contra el señor Garavito por la Fiscalía se fundaron, entre otras pruebas, en el testimonio del señor Pallomari, y el señor Garavito los aceptó, entonces se entiende que no sólo renunció a la posibilidad de controvertir el mencionado testimonio.

29- Con todo, podría objetarse que el anterior argumento no es válido, por las siguientes dos razones: (i) porque estaría permitiendo la convalidación de una prueba, que había desconocido el debido proceso, y por ende debía ser considerada nula de pleno derecho, de conformidad con el artículo 29 de la Carta; y (ii) porque olvida que, de conformidad con la legislación entonces vigente (Art 37 del anterior C de PP), el juez sólo podrá dictar la sentencia anticipada, “siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales”, por lo que no podía el juez dictar una sentencia en donde había habido una violación al derecho de contradicción de un testimonio.

30- A pesar de su aparente fuerza, esas dos objeciones se fundan en un equívoco conceptual, pues asimilan una prueba sumaria con una prueba nula por haber violado el debido proceso, cuando se trata de cuestiones distintas, como se verá a continuación

Así, una prueba sumaria es aquella que no ha sido controvertida. En virtud del principio de contradicción, y en desarrollo del derecho de defensa, esta prueba sumaria carece en principio de valor procesal. Por consiguiente, salvo las excepciones legales, los funcionarios judiciales no pueden fundar sus decisiones en pruebas sumarias, por cuanto estarían afectando el derecho de defensa, y en especial el derecho de contradicción. Sin embargo, una prueba sumaria no es en sí misma ilegal ni violatoria del debido proceso, por cuanto no ha sido obtenida con desconocimiento de las garantías procesales o vulneración de derechos fundamentales; lo que sucede es que, por regla general, esa prueba no puede servir de sustento a las decisiones judiciales, por no haber sido todavía controvertida. Sin embargo, si posteriormente, durante el proceso, la parte acusada tiene la posibilidad de controvertir adecuadamente esa prueba, entonces ésta deja de ser sumaria, adquiere plena eficacia jurídica, y puede entonces fundamentar una sentencia.

Por el contrario, una prueba nula por violar el debido proceso es aquella que ha sido obtenida ilegalmente, con desconocimiento de derechos fundamentales. Por ello, para desestimar

las actuaciones ilegales y violatorias de los derechos fundamentales, la Carta incorpora una cláusula de exclusión: esas pruebas son nulas de pleno derecho. Esto significa que esas pruebas, por haber sido obtenidas mediante la afectación de derechos fundamentales, no podrán posteriormente ser convalidadas y deben ser excluidas del proceso.

31- Un ejemplo banal muestra la clara distinción que existe entre una prueba sumaria y una prueba ilegal y violatoria del debido proceso. Así, supongamos que después de un hurto a una casa, la policía interroga a dos testigos, que declaran haber reconocido a su vecino Pedro Pérez salir de ese lugar, con los objetos robados. Ese testimonio, mientras no sea controvertido por Pedro Pérez, constituye una prueba sumaria y no podría servir, como tal, de base a la condena de Pérez. Sin embargo, si durante el proceso, el acusado Pérez puede conainterrogar a esos testigos y controvertir sus aseveraciones, entonces la prueba deja de ser sumaria y adquiere plena eficacia jurídica, pudiendo entonces servir de base a la decisión de fondo del asunto.

Supongamos ahora otra situación: una autoridad estatal intercepta ilegalmente unas comunicaciones privadas. Las informaciones obtenidas de esa interceptación son nulas de pleno derecho por haber desconocido el derecho a la intimidad. Esa prueba, como lo ha dicho esta Corte en casos semejantes, “debe ser excluida del expediente” ya que “proceder de otro modo implicaría el fin de las garantías mínimas del debido proceso, la condena de personas con fundamento en testimonios inexistentes o en pruebas obtenidas mediante torturas o allanamientos arbitrarios y, en suma, la disolución del Estado Constitucional en las tinieblas del más cínico eficientismo” (sentencia T-008 de 1998, fundamento 15).

32- El análisis precedente ha mostrado que la incorporación en un proceso de una prueba sumaria no representa en sí misma una violación del derecho de defensa. La violación surge si el juez no permite la contradicción de la prueba e intenta fundamentar la culpabilidad del acusado en esa prueba, que no fue controvertida. Sin embargo, si esa prueba sumaria es controvertida ulteriormente, entonces puede servir de base a la correspondiente decisión judicial. Precisamente por eso, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado, en jurisprudencia reiterada, que un testimonio que fue obtenido sin la presencia del acusado no es, por ese sólo hecho, nulo. Ese testimonio, ha dicho ese tribunal, puede tener eficacia jurídica si se confiere posteriormente al acusado una ocasión adecuada y suficiente de controvertirlo y de conainterrogar a su autor<sup>25</sup>.

33- Ahora bien, la contradicción de la prueba es un derecho, y no un deber, del acusado, quien puede renunciar a controvertir la prueba presentada por la Fiscalía. Pero es obvio que si el acusado no ejerce ese derecho de contradicción, o renuncia a él, no puede luego alegar que fue condenado con base en una prueba sumaria. En efecto, el principio de contradicción exige únicamente que la persona inculpada de un delito tenga la posibilidad de controvertir la prueba, pero obviamente no exige que efectivamente el acusado ejerza el derecho, pues, se repite, puede renunciar a esa garantía. En tales circunstancias, una prueba que originariamente era sumaria pero frente a la cual el acusado renuncia a su derecho a controvertirla, deja de ser sumaria y adquiere plena eficacia jurídica. Así, en el ejemplo señalado anteriormente sobre el hurto imputado a Pedro Pérez, es claro que habría una violación del debido proceso si esa persona es condenada sin la posibilidad de controvertir las declaraciones de sus vecinos. Sin embargo, si en el proceso, el juez faculta al señor Pérez

a contrainterrogar a esos vecinos y él renuncia a esa posibilidad, entonces esas declaraciones dejan de ser sumarias, adquieren eficacia jurídica, y pueden entonces sustentar la condena del procesado.

34- En el presente caso, los cargos presentados contra el señor Garavito por la Fiscalía se fundaron, entre otras pruebas, en el testimonio del señor Pallomari. El acusado recurrió a la sentencia anticipada para obtener una disminución punitiva y aceptó esos cargos, fundados en esas pruebas. Esto tiene una consecuencia inevitable: el señor Garavito renunció a la posibilidad que tenía de contrainterrogar al señor Pallomari. Ese testimonio, que hasta ese momento era, según mi parecer, una prueba sumaria, adquirió entonces plena eficacia jurídica, por la renuncia del acusado a controvertirla, y podía entonces servir de base a la condena. Y por ello considero que el juez podía dictar la sentencia anticipada pues ya no había violación a las garantías fundamentales, puesto que el propio acusado había renunciado a controvertir las pruebas presentadas por la Fiscalía, incluyendo la declaración del señor Pallomari. Una situación muy distinta hubiera ocurrido si el acusado no recurre a la sentencia anticipada, y durante el juicio insiste en contrainterrogar a ese testigo, y esa posibilidad le es negada, puesto que en ese evento es claro que la afectación del derecho a la contradicción de la prueba se hubiera consumado. En esa hipótesis, la condena podría ser atacada por violación del derecho de defensa y del principio de igualdad de armas.

35. Una aclaración es pertinente con el fin de evitar equívocos conceptuales. El análisis precedente no implica que la sentencia anticipada supone una renuncia integral del acusado a atacar esa sentencia por violar el derecho de defensa en general o el derecho contradicción en particular. Según mi parecer es claro que esa sentencia puede ser cuestionada por afectar estos derechos fundamentales. Así, si aparece que una de las pruebas que sustentaron los cargos de la fiscalía es nula, por haber sido obtenida ilegalmente, bien podría el procesado atacar la sentencia anticipada por esa razón. Igualmente sucedería si esa sentencia se basa en una prueba que no aparecía en la formulación de los cargos, pues el acusado no habría renunciado a controvertirla. También podría el procesado atacar la sentencia anticipada, alegando que en una fase procesal no contó con la debida defensa técnica, por ejemplo porque fue indagado sin la presencia de abogado. Es también claro que también puede impugnarse una sentencia anticipada si el acusado muestra que su consentimiento para recurrir a ese mecanismo de terminación del proceso estuvo viciado. Esos hechos, y muchos otros, pueden entonces ser la base de impugnaciones válidas, incluso en sede de tutela, de una sentencia anticipada. Por ello mi conclusión es mucho más puntual y específica: simplemente estoy afirmando que si un acusado (i) sabe que una prueba ha sido incorporada al expediente y (ii) que esa prueba constituye una de las bases de la formulación de los cargos por la Fiscalía, y a pesar de eso, (iii) recurre a una sentencia anticipada y (iv) acepta los cargos formulados, entonces esa persona está renunciando a controvertir esa prueba con el fin de obtener un beneficio punitivo. Mal podría entonces esa misma persona atacar la sentencia anticipada por falta de controversia de una prueba que él mismo aceptó no contradecir.

36- En el presente caso, la defensa del señor Garavito no tuvo, en su momento, la posibilidad de contradecir la declaración del señor Pallomari pues, durante la práctica misma de esa prueba, no pudo contrainterrogar personalmente a ese testigo, en las mismas condiciones que la parte acusadora del Estado. Ese testimonio, hasta ese momento, no se ajustaba a los

requerimientos constitucionales que impone el principio de contradicción de la prueba. Sin embargo, el señor Garativo recurrió a una sentencia anticipada, con plena conciencia de que la declaración del señor Pallomari constituía una de las bases de la formulación de los cargos por la Fiscalía. Al recurrir a ese mecanismo de terminación del proceso, el señor Garativo renunció a la controversia de ese testimonio, y esa renuncia dotó de plena eficacia ese testimonio. En tales circunstancias, el peticionario no puede atacar, por medio de la tutela, la falta de contradicción de una prueba, que él mismo desistió de controvertir, para obtener una reducción de pena.

37- Fuera de lo anterior, que ya era suficiente para que la Corte negara la tutela, conviene también tener en cuenta que, al recurrir a la sentencia anticipada, el peticionario dejó de utilizar los recursos judiciales de que aún disponía durante el juicio y durante una eventual apelación. Ahora bien, la tutela es un mecanismo subsidiario, que sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (CP art. 86). Por ello, como esta Corte lo ha señalado insistentemente, la tutela no procede cuando la persona dejó de utilizar, pudiendo hacerlo, los medios de defensa judicial que le otorgaba el ordenamiento. La tutela era entonces también, por esta razón, improcedente.

38- Conforme a lo anterior, considero que la Corte tuvo razón en negar la tutela solicitado por el actor, y por ello adherí a la parte resolutive, a pesar de no compartir el análisis de la sentencia sobre el alcance del principio de contradicción de los testimonios.

Fecha ut supra,

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (e)

1 Sentencia T-567 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 Para mayor ilustración sobre la comprensión del carácter derivado del tipo penal del enriquecimiento ilícito de particulares resulta pertinente revisar la doctrina especializada sobre el tema.

El profesor Augusto J. Ibáñez Guzmán en el artículo “Del encubrimiento, la receptación y del enriquecimiento ilícito”, al precisar el alcance del ingrediente normativo “derivado de actividades delictivas” contenido en el tipo de enriquecimiento ilícito de particulares, dice lo siguiente:

“Obsérvese que el dispositivo legal no hace referencia a delitos o a responsables desde el punto de vista penal;

Actividades delictivas es expresión genérica, que se refiere a un factum no a un pronunciamiento de responsabilidad. Así siempre se ha entendido dentro del concierto nacional en temas como el aborto, el homicidio y el abandono privilegiado cuando el objeto material sea fruto de violencia sexual, abuso sexual o inseminación artificial no consentida;

no se requiere pues la definición de responsabilidad de este punible para aceptar el privilegio de aquél; (...) Igual sucede en el evento del provecho necesario en el hurto, no se requiere decisión en firme sobre el hurto para poder hablar desde el punto de vista punitivo sobre el provecho del hurto. Al no requerirse decisión en el delito de narcotráfico, por tratarse de un *factum*, y sobremanera por hablarse en el genérico de actividades delictivas, toda la discusión apunta es a problemas de conexidad entre uno y otro delito es decir entre el enriquecimiento ilícito y las actividades delictivas; por lo que la expresión derivada como ya lo dijimos, cobra mayor importancia.” (Del Encubrimiento, la Receptación y del Enriquecimiento Ilícito. Augusto J. Ibáñez Guzmán. En la Revista Universitas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Junio de 1996.).

El profesor Jairo Parra Quijano en su trabajo “Algunos aspectos probatorios del enriquecimiento ilícito”, en el aparte en que aborda el enriquecimiento ilícito de particulares, precisa que “debe aparecer que el enriquecimiento es injustificado y que tiene como fuente actividades delictivas”. En cuanto a la prueba de que el incremento patrimonial se deriva efectivamente de dichas actividades delictivas, Parra Quijano no habla de la necesidad de que exista una sentencia condenatoria previa al momento del incremento, sino del “conocimiento que pueda tener la persona, por ejemplo, que los dineros, bienes, etc., provienen de actividades del narcotráfico.” “Si se prueba que esos bienes o dineros que incrementan el patrimonio se esconden en cualquier forma, por ejemplo con cuentas corrientes a nombre de otros que maneja el enriquecido. Esa es una forma de adaptación que demuestra que se conoce el origen del dinero.” (Algunos Aspectos Probatorios del Enriquecimiento Ilícito. Jairo Parra Quijano. En la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Volúmen II Nos. 21-22 de 1997)

3 Precisa la Corte que en la copia del “Cuaderno Original No. 5, Parte II,” que obra en el expediente de tutela se aprecian los folios del 280 al 573, en orden ininterrumpido.

4 Este Acuerdo se sujeta a los términos del artículo 538 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente, norma que fue declarada exequible a través de sentencia C-170 de 1995.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 28 de octubre de 1996. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de agosto de 1998. M.P. Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego

7 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de agosto de 1999. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

8 C-394/93, C-425/96 y C-277/98

9 Sobre la fuerza normativa de la doctrina constitucional, ver, entre otras, las sentencias C-131 de 1993, C-083 de 1995, C-037 de 1996, SU-047 de 1999 y C-836 de 2001.

10 Giuseppe Maggiore. Derecho Penal. Bogotá: Temis, 1984, Tomo V, p 192.

11 Silvio Raineri. Manual de Derecho Penal. Bogotá: Temis, 1975, Tomo VI, p 171.

12Es un ejemplo tal vez más propio de receptación que EIP, pero las conclusiones sobre la relación entre delito previo y delito derivado son exactamente las mismas.

13Citado por Maggiore. Loc-cit, Tomo V, p 194 y 194. En el mismo sentido Raineri. Manual de Derecho Penal, Tomo VI, p 170 y 171. Y sobre la evolución jurisprudencial reciente, que sostiene exactamente la misma tesis, ver Franceso Antolisei. Manuale di diritto penale, Milano: Giuffrè Editore, 1992, p 370, quien cita varias casaciones de los años ochenta.

14Maggiore, loc-cit.

15Maggiore, Loc-cit, p 365.

16 Franceso Antolisei. Op-cit, p 370

17 Sobre este principio, a nivel doctrinal, ver Commission Justice Pénale et Droits de l'Homme. La mise en état des affaires pénales. Paris. La Documentation Française, 1991. Ver igualmente, Luigi Ferrajoli. Derecho y razón. Madrid: Editorial Trotta, 1995, pp 612 y ss. A nivel jurisprudencial, ver Corte Europea de Derechos Humanos entre otros, el fallo Ekbatani del 26 de mayo de 1988, par. 30.

18 De la Corte Europea ver, entre otras, el caso Engels y otros contra Países Bajos, sentencia del 8 de junio de 1976; caso Unterpertinger contra Austria, sentencia del 24 de noviembre de 1986, parr 31; el caso Kostovski sentencia del 20 de noviembre de 1989, parr 39; y el caso Delta contra Francia, sentencia del 19 de diciembre de 1990; y el caso Vidal contra Bélgica de 1992.

19 La Corte Interamericana, en la sentencia del 30 de mayo de 1999, del caso Castillo Petruzzi, retomó explícitamente los criterios de la Corte Europea.

20 Caso Kostovski sentencia del 20 de noviembre de 1989, parr 41, criterio reiterado en numerosas sentencias posteriores. Las citas son traducciones del original en francés.

22 Ver Luigi Ferrajoli. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 1995.

23 Ver las Sentencia C-277 de 1998, C-425/96 y C-394/93.

24 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de agosto de 1998. MP Jorge Aníbal Gómez Gallego. En el mismo sentido, ver las otras sentencias de la Corte Suprema citadas por el fundamento 2.5. de la presente sentencia. A nivel doctrinario, ver, entre otros. Gustavo Gómez Velasco. Leonel Calderón Cadavid. Código de Procedimiento Penal Comentado. Bogotá: Gustavo Ibañez, 1998, p 60.

25 Ver, entre otros, los casos Kostovski, Unterpertinger c. Autriche, Saïdi c. France, y Sadak y otros contra Turquía.