

Sentencia SU397/19

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES DE ALTAS CORTES-Procedencia más restrictiva, en la medida que solo tiene cabida cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional

DERECHO A IMPUGNAR UNA SENTENCIA CONDENATORIA-La sentencia C-792 de 2014 estableció que todos los ciudadanos tienen derecho a la impugnación y procede frente a todas las sentencias condenatorias, ya sea en vigencia de la Ley 600 de 2000 o de la Ley 906 de 2004

DERECHO A IMPUGNAR UNA SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA POR PRIMERA VEZ EN SEGUNDA INSTANCIA-Delimitación de los efectos de la sentencia C-792/14

DERECHO A LA IMPUGNACION DE SENTENCIAS CONDENATORIAS-Instrumentos internacionales

ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2018-Derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria

DOBLE CONFORMIDAD JUDICIAL-Contenido

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL SISTEMA PENAL-Contenido y alcance

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA ENTRE LA SENTENCIA Y LA RESOLUCION DE ACUSACION EN EL MARCO PROCESAL DE LA LEY 600 DE 2000

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL SISTEMA PENAL-Aplicación de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

DERECHO A IMPUGNAR UNA SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA POR PRIMERA VEZ EN SEGUNDA INSTANCIA-Se respetó precedente fijado en sentencia C-792/14

Referencia: expediente T-7.271.160

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de 2019.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha aprobado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la decisión judicial adoptada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que resolvió la acción de tutela interpuesta por el señor Édgar Antonio Ahumada Sabogal contra la Sala de Casación Penal de la misma Corporación, con ocasión de la sentencia emitida el 29 de agosto de 2018, en la que resolvió no casar el fallo condenatorio proferido el 20 de febrero de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos:

Los hechos que se indican a continuación corresponden a los supuestos fácticos narrados en el escrito de tutela. Los mismos fueron complementados con las decisiones de los jueces penales de instancia, únicamente respecto de la responsabilidad del accionante, y no de las demás personas procesadas por la misma causa:

1. El 6 de septiembre de 2005, la Cooperativa de Caficultores de Calarcá (Coocafé Ltda.) y la Financiera del Valle celebraron un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, cuyo objeto era servir de medio de pago de las obligaciones que el fideicomitente contrajera con los inversionistas beneficiarios por la recompra de derechos de beneficio.

2. En el marco de dicho contrato, se creó un patrimonio autónomo con los bienes

fideicomitidos y con los demás bienes que como resultado del contrato recibiera la Fiduciaria. Para el efecto, Coocafé Ltda. transfirió a la Financiera del Valle facturas cambiarias de compraventa endosadas en propiedad, originadas en el contrato de compra y exportación de café suscritas por Ecocafé S.A., las cuales servirían como fuente de pago de las obligaciones.

3. Con el fin de obtener recursos para el patrimonio autónomo, la banca de inversión VIMESA S.A., en calidad de intermediaria y organismo compensador garante de las obligaciones que contrajera el mencionado patrimonio, contactó inversionistas (personas naturales y jurídicas) para que entregaran recursos a la fiducia.

4. En el desarrollo del contrato de fiducia suscrito, Coocafé Ltda., en su condición de fideicomitente, ofertó a la Alcaldía de Villavicencio la cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición que tenía a su favor en el fideicomiso Coocafé Ltda. – VIMESA S.A.

5. Las ofertas fueron aceptadas por el ente territorial. En consecuencia, durante las vigencias fiscales de los años 2005 y 2006, el municipio se constituyó como inversionista beneficiario de la referida fiducia, por lo que dispuso la colocación de excedentes de liquidez de recursos de regalías y del Sistema General de Participaciones por un valor de treinta mil millones de pesos en el patrimonio autónomo.

6. El accionante fue contratado por la banca de inversión VIMESA S.A. mediante contrato de corretaje, por lo que en ejercicio de este rol, fue quien puso en contacto a los tesoreros de la Alcaldía de Villavicencio con VIMESA, para que el municipio actuara como inversionista beneficiario y efectuara la colocación de los recursos públicos indicados anteriormente.

7. En virtud de esta labor, el actor recibió honorarios en el año 2005 por la suma de \$142.500.000, y comisiones en el año 2006 por \$2.649.691.187 y en el 2007 por \$2.089.986.255.

8. No obstante, el ente territorial resultó afectado patrimonialmente por el valor de seis mil millones de pesos, correspondientes a dos mil millones de pesos de recursos de regalías y cuatro mil millones de pesos de recursos del Sistema General de Participaciones para el sector educación y de recursos propios, que no le fueron devueltos por la Financiera del Valle.

9. Por los hechos descritos, los cuales fueron consignados en informes de la Superintendencia Financiera, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y el Departamento Nacional de Planeación, el 13 de marzo de 2009, y bajo el procedimiento establecido en la Ley 600 de 2000, la Fiscalía Diecisiete Delegada para Delitos contra la Administración Pública declaró formalmente abierta una investigación.

10. En consecuencia, el 11 de agosto de ese año dispuso la vinculación mediante indagatoria del actor y de otra persona que también participó en la celebración del negocio jurídico como intermediario financiero, en calidad de intervinientes del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, así como de los dos tesoreros de la Alcaldía de Villavicencio. En el caso del accionante, la diligencia de indagatoria se llevó a cabo el 21 de agosto de 2009.

11. De este modo, el 3 de diciembre de 2009, al accionante se le impuso detención preventiva, medida que fue revocada el 8 de marzo de 2010. El 20 de abril siguiente, la Fiscalía clausuró el ciclo instructivo y el 1 de junio del mismo año, emitió resolución de acusación en su contra. Esta decisión fue objeto de varios recursos, los cuales fueron desestimados en última instancia por la Corte Suprema de Justicia el 29 de septiembre de 2010.

12. La audiencia preparatoria se celebró el 15 de febrero de 2011. La vista pública de juzgamiento inició el 28 de abril posterior y culminó el 24 de mayo de ese año.

13. Agotada la audiencia de juicio oral, en sentencia del 3 de agosto de 2011, y conforme a la conducta imputada por la Fiscalía, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio absolvió de toda responsabilidad al accionante y a su colega, y condenó a los demás procesados por los punibles de peculado, celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales y cohecho por dar u ofrecer.

En la citada providencia, el fallador recordó que a juicio de la Fiscalía existen diversas pruebas que incriminan al actor, como el hecho de que las comisiones obtenidas por su trabajo durante los años 2005 y 2006 fueron canceladas a través de terceras personas. Además, el Juzgado recalcó que según los funcionarios del municipio implicados en los hechos, la labor del procesado no se circunscribió al cumplimiento del contrato de corretaje, por cuanto, entre otras actividades, con él pactaban los rendimientos financieros. En este

sentido, el Juzgado aseguró que, a juicio de la Fiscalía, la participación del sindicado resultó fundamental «para la destinación ilegal e insegura de los excedentes de liquidez», porque «sin su intermediación o la de otros agentes comerciales seguramente la alcaldía no habría realizado o [no se habría] enterado de esta clase de inversiones».

No obstante, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio consideró que si bien está demostrado que los intermediarios financieros entregaron las ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición a la Alcaldía de ese ente territorial, no existe prueba de que hubiesen suscrito dichas ofertas, pues estas solo fueron realizadas y firmadas por los representantes legales del patrimonio autónomo. En este orden, encontró demostrado que el accionante se encontraba vinculado a VIMESA mediante contrato de corretaje, por lo que su actividad estuvo encaminada a la consecución de los recursos, con la presentación de los portafolios de servicios y las propuestas.

De este modo, el Juzgado afirmó:

«[P]odemos observar que la actividad efectuada por [el] acusado estaba basada en el contrato de corretaje descrito anteriormente, el cual tenía el objetivo de adelantar las gestiones necesarias para contactar las personas naturales y jurídicas que actuarían como inversionistas en las operaciones derivadas del patrimonio autónomo, lo que a la postre desarrollaron y lograron con la aceptación de la Alcaldía Municipal a través de sus tesoreros en las diferentes ofertas de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición, pero tal como indica el ente investigador cada acusado recibió unas sumas de dinero correspondientes a comisiones por esos negocios, tanto así que fueron negociados porcentajes de comisión.

Evidencia la anterior situación que la intención principal y fundamental de dichos intermediarios financieros, corresponde a la de recibir cuantiosas sumas de dinero por concepto de comisión, circunstancia que está plenamente probada por la Fiscalía».

En relación el punto precedente, aclaró que las comisiones recibidas se encuentran amparadas por el ordenamiento jurídico vigente y que «no se acredita probatoriamente la intención requerida para que se configure el aspecto subjetivo del tipo penal, cual es la intención dolosa de apropiarse de dineros de la administración». Al respecto, precisó que la colocación en el patrimonio autónomo de los excedentes de liquidez de recursos de regalías

y del Sistema General de Participaciones es únicamente atribuible a los miembros responsables de la Alcaldía de Villavicencio y que tales recursos nunca estuvieron a disposición del señor Ahumada, pues los mismos eran transferidos directamente por la administración municipal a la Fiduciaria, la cual, a su vez, los consignaba en la cuenta del patrimonio autónomo. En su opinión, por esta misma razón, no es posible sostener que la pérdida del dinero por el inadecuado manejo del patrimonio autónomo sea responsabilidad de los intermediarios financieros.

Afirmó que el hecho de que el pago de las comisiones se realizara a través de terceros solo probaría una evasión tributaria frente al necesario aumento de su patrimonio.

Así, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio concluyó:

«[E]sta instancia no comparte las razones expuestas por la Fiscalía en la resolución acusatoria como en la audiencia pública, por cuanto no se puede afirmar la existencia siquiera de una mínima prueba que demuestre la responsabilidad de los procesados, en consecuencia, respecto de la conducta de peculado por apropiación a favor de terceros en calidad de intervinientes se emite decisión absolutoria a favor de Édgar Ahumada Sabogal».

Finalmente, el Juzgado consideró que el detrimento patrimonial causado al municipio como resultado del negocio jurídico ya descrito fue el resultado de la actuación de los tesoreros del ente territorial, quienes «aceptaron y renovaron las ofertas de cesión», y del representante de Coocafé, cooperativa que, en últimas, se benefició de las inversiones realizadas por la Alcaldía de Villavicencio.

14. Esta decisión fue apelada por la Fiscalía Diecisiete Delegada para Delitos contra la Administración Pública y la Procuraduría Penal Judicial II 180.

14.1 El 25 de agosto de 2011, la Fiscalía aseguró que los dos intermediarios financieros tenían pleno conocimiento de los riesgos y ventajas del negocio jurídico propuesto a los funcionarios de la Alcaldía. De ahí que hubiesen tenido la capacidad para convencerlos de realizar cada colocación por sumas superiores a los cinco mil millones de pesos. En su opinión, es claro que la labor de conseguir que una entidad territorial deposite semejantes cantidades de dinero no se le asigna a una persona que ejerza simple funciones de

corredor, si no a quien tenga especial experticia en el asunto. Además, en el caso puntual del señor Ahumada Sabogal, indicó que está demostrado que conocía previamente a los dos funcionarios de la Alcaldía que celebraron el contrato de cesión de derechos de beneficio con pacto de readquisición, pues con uno de ellos tenía relación de amistad desde el colegio y con el otro formaron parte del gobierno municipal de Villavicencio entre los años 1999 y 2000.

De la misma forma, y en cuanto a las importantes comisiones recibidas, el ente acusador sostuvo que «Si según la tesis del juzgador toda la responsabilidad recaía en el oferente, es decir, en quien suscribió el contrato fiduciario, por qué motivo era el comisionista o corredor el que terminaba recibiendo una mayor comisión. La respuesta no es otra que era este quien tenía la labor corruptiva de contactar a los funcionarios que a través de halagos accederían a realizar los negocios».

Con fundamento en lo expuesto, la Fiscalía Diecisiete Delegada para Delitos contra la Administración Pública señaló:

«[S]e advierte, en grado de certeza, que se encuentra altamente comprometida la responsabilidad del acusado Édgar Antonio Ahumada en el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, en calidad de interviniente. Por ende, se reclama [que] se revoque la sentencia absolutoria proferida a su favor y se profiera sentencia condenatoria, librando la correspondiente orden de captura».

14.2 La Procuraduría Penal Judicial II 180 apeló el fallo en similar sentido que la Fiscalía.

En su sentir, la entrega de prebendas a los tesoreros, la omisión en la revisión de la operación financiera y las jugosas comisiones recibidas por lograr la aceptación de la oferta son pruebas de la ilicitud de su conducta.

15. El 20 de febrero de 2017, la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio confirmó las condenas impuestas en primera instancia y revocó la sentencia frente a la absolución de los intermediarios financieros. En consecuencia, y en calidad de cómplices del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, los condenó a pena principal de 120 meses de prisión, multa de tres mil millones de pesos e inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por el mismo término de la pena principal. Adicionalmente, negó la suspensión

condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria, y dispuso una orden de captura en su contra.

Para sustentar su decisión, el ad quem explicó que la figura del interviniente alude a un concepto restrictivo de coautor en los delitos especiales o cualificados. Un sindicado es interviniente en la medida en que no tiene las calidades exigidas al autor, por lo que se le sanciona con la misma pena de este, pero reducida en una cuarta parte. Por el contrario, la complicidad es una forma de participación en la que el responsable realiza un aporte esencial en la fase ejecutiva del delito, con actos precedentes, simultáneos e, incluso, posteriores a ella. A diferencia de la autoría, en la complicidad se carece del dominio funcional de los hechos, pues la intervención está limitada a facilitar la conducta del autor en la realización de los mismos.

En aplicación de lo anterior, el Tribunal aclaró que si bien en la parte resolutive de la resolución de acusación, la Fiscalía atribuyó responsabilidad al accionante a título de interviniente, lo cierto es que esta figura exige la existencia de coautoría y las pruebas no permiten inferir que este haya actuado a dicho título en el delito de peculado. Resaltó que el actor fungió como «partícipe cómplice tal y como se precisa en la parte considerativa de la acusación, en la que se hacen precisiones tales como: Édgar Ahumada Sabogal (...) contribuy[ó] y fue partícipe de las acciones encaminadas a la disposición irregular de los recursos del ente territorial (...). Todo apunta a que resultó del todo determinante la participación del sindicado en los hechos que se le atribuyen"».

Así, manifestó que la figura del interviniente no forma parte de la participación, sino de la autoría, la cual, aunque es evidente respecto de los funcionarios de la Alcaldía de Villavicencio, no lo es frente a los intermediarios financieros, por cuanto no existe prueba alguna del cumplimiento de dos de los requisitos esenciales de la coautoría: «el previo acuerdo común y el codominio del hecho». En este punto, el Tribunal determinó que el accionante siempre careció del dominio del hecho, toda vez que la colocación dineraria estuvo en cabeza de los tesoreros municipales. De este modo, actuó como simple colaborador del delito cometido por otro, «sin que su aporte fuera necesario, pues la empresa VIMESA bien pudo utilizar a otras personas para contactar a esos mismos inversionistas». Además, «su actuar no estuvo orientado por un designio criminal común que sí confluye entre los extesoreros [de la Alcaldía] y el representante de Coocafé».

La Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio señaló que la conducta de los intermediarios financieros desbordó la función propia del contrato de corretaje. Esto, pues las distintas pruebas que obran en el expediente, específicamente las declaraciones de los tesoreros de la Alcaldía, dan cuenta de que su labor no se limitó a realizar las ofertas. Por el contrario, llevaron a cabo diversas actividades para conseguir que finalmente los tesoreros de la Alcaldía hicieran las colocaciones y concluyeran las operaciones con éxito.

Al referirse a los pagos de las comisiones realizados a través de terceros, el juzgador de segunda instancia concluyó que tal proceder devela que los acusados tenían claridad sobre la ilicitud de su comportamiento. Frente al valor de las comisiones, argumentó que las importantes cantidades de dinero recibidas son indicativas de la magnitud del trabajo que aquellos realizaron para convencer a los funcionarios de la Alcaldía de que depositaran recursos públicos en un patrimonio autónomo constituido por particulares.

Estimó que el a quo, para absolver de responsabilidad a los intermediarios, no tuvo en cuenta que la actuación de estos permitió encausar la consumación del delito y conseguir la apropiación de recursos públicos a favor de terceros, a través de la celebración de contratos que resultaron ilegítimos. En este sentido, recordó que está demostrado que el actor contactó a los empleados de la Alcaldía gracias a su conocimiento de la región y sus vínculos familiares y de amistad y que prestó su concurso en la estructuración del negocio fiduciario y, con ello, en la comisión del delito contra la administración pública. En este sentido, destacó que el accionante tenía conocimiento del fin ilícito buscado por el patrimonio autónomo Coocafé - VIMESA, es decir, de la colocación de dineros públicos para apalancar sus actividades comerciales privadas, razón por la cual su actuación es dolosa.

16. El 10 de marzo de 2017, el actor solicitó la notificación personal del fallo y, en aplicación lo decidido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-792 de 2014, impugnó la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio en segunda instancia.

En el escrito presentado, arguyó que si bien en la citada sentencia la Corte analizó la procedencia de la impugnación contra la primera sentencia condenatoria que se dicte en un proceso penal adelantado bajo la Ley 906 de 2004, la Ley 600 del 2000, esta es, la norma en cuyo marco se adelantó el proceso seguido en su contra, contiene normas similares a las que estudió esta Corporación en la mencionada oportunidad. En consecuencia, y con el fin

de proteger su derecho fundamental a la igualdad, afirmó que en su caso corresponde la «aplicación extensiva» del precedente fijado en la Sentencia C-792 de 2014.

17. Sin embargo, mediante oficio n.º 0822 del 16 de marzo de 2017, la Secretaría del Tribunal le informó a su apoderado judicial que, en atención a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 176 de la Ley 600 de 2000, la sentencia condenatoria no le fue notificada personalmente, por cuanto este tipo de notificación solo procede cuando el sindicado se encuentra privado de la libertad.

En relación con la impugnación, explicó que en la providencia n.º 48.557, adoptada el 10 de agosto de 2016 en el proceso 2009-00723-01, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió, con fundamento en «la ausencia de soporte legal», no acoger el criterio de la Corte Constitucional. Por tanto, continuó el Tribunal, el único recurso que procede contra las sentencias condenatorias proferidas en segunda instancia por los tribunales superiores es el extraordinario de casación. De este modo, le sugirió presentar dicho recurso, pues «la apelación no tiene vocación de prosperidad y de no presentarlo, usted sí le vulneraría el derecho de defensa técnica a su representado».

18. El 5 de abril de 2017, el accionante solicitó a la Secretaría del Tribunal poner en conocimiento de los magistrados de la Sala Penal la petición de notificación personal del fallo y la impugnación presentada contra este.

19. En consecuencia, mediante auto del 4 de mayo siguiente, el magistrado sustanciador reiteró lo sostenido por la Secretaría de la Corporación en el oficio n.º 0822 del 16 de marzo de 2017, frente a la solicitud de notificación personal de la sentencia condenatoria y la improcedencia de la impugnación, en atención a la postura de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

20. Ante esta situación, el 21 de junio de 2017, el actor interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, a pesar de que, en su opinión, «este era inefectivo para cumplir con la garantía de la apelación».

En virtud de la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000[2], acusó el fallo de segunda instancia de haber sido dictado en un juicio viciado de nulidad, como resultado de la vulneración del principio de congruencia. En este sentido, cuestionó que el Tribunal

hubiese cambiado la calificación jurídica realizada por la Fiscalía en la resolución de acusación dictada el 1 de junio de 2010, de interviniente a cómplice. Alegó que el ad quem vulneró el principio anotado, toda vez que desconoció que todo el trabajo de la defensa estuvo encaminado a desvirtuar su participación en el delito de peculado por apropiación a favor de terceros en calidad de interviniente y, por tanto, a desestimar los presupuestos de la coautoría.

En este sentido, indicó que el Tribunal no adelantó el trámite que exige el artículo 404 de la citada Ley[3] para variar la calificación jurídica inicialmente formulada por la Fiscalía Diecisiete Delegada para Delitos contra la Administración Pública y ratificada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio, lo que implicó que no pudo controvertir las nuevas acusaciones.

De la misma forma, puso de presente que el juez penal de primera instancia lo absolvió de toda responsabilidad, conforme a la resolución de acusación formulada, es decir, por el delito de peculado por apropiación a favor de tercero en calidad de interviniente, y que en el recurso de apelación incoado por la Fiscalía contra la decisión de primera instancia, el ente acusador no varió la calificación jurídica de la conducta.

En este orden, sostuvo que frente al cambio en el título de imputación no tuvo la oportunidad de demostrar que su actuación no reúne ninguno de los requisitos previstos para la estructuración de la participación a título de cómplice, de manera que no pudo probar que su contribución a la consumación del delito no fue trascendental, tampoco que no ayudó al autor en la realización del hecho, y que su proceder no fue doloso.

Por lo anterior, y de acuerdo con lo prescrito en el numeral 3 del artículo 306 de la Ley 600 de 2000, solicitó la nulidad de la actuación desde el momento en que la Fiscalía clausuró la fase de investigación, con el fin de desvirtuar la acusación de su participación en los hechos a título de cómplice.

Además, con los mismos argumentos relativos a los efectos de la variación de la calificación jurídica, como cargo subsidiario, atacó la sentencia adoptada el 20 de febrero de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio con fundamento en la causal segunda del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, es decir, por falta de consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

21. En auto del 1 de agosto de 2018, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia admitió la demanda de casación promovida por el accionante y por la otra persona condenada por los mismos hechos en segunda instancia. Para el efecto, aclaró:

«Aunque los libelos no cumplen íntegramente los requisitos formales establecidos en la ley (canon 212 del Código de Procedimiento Penal del 2000), con el propósito de garantizar las finalidades del recurso extraordinario de casación, esencialmente, la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal y, atendiendo la posición de los impugnantes dentro del proceso, en particular, frente a una sentencia condenatoria proferida por primera vez respecto de (...) y Ahumada Sabogal en sede de segunda instancia, la Corte los admite».

22. En sentencia del día 29 del mismo mes, la misma Corporación resolvió no casar la sentencia condenatoria.

22.1 Para sustentar su decisión, expuso que si bien, en principio, debe existir «perfecta armonía» personal –en cuanto al sujeto activo–, fáctica –en torno al hecho investigado, con todas las circunstancias y motivos de agravación y atenuación– y jurídica –en punto de los delitos imputados– entre la resolución de acusación y la sentencia, pues es con base en la primera que el procesado establece la estrategia defensiva más favorable a sus intereses, lo cierto es que conforme a la jurisprudencia de la Sala[4], esta regla no es absoluta. Por el contrario, «admite la intervención del juzgador para degradar la intensidad de la atribución jurídica de responsabilidad, incluso si no se acudió a la facultad establecida en el artículo 404 del Código Adjetivo Penal, cuandoquiera que, siendo de menor entidad, la conducta punible guarde identidad en cuanto al núcleo básico esencial de la imputación fáctica y no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes».

La Sala determinó que la posibilidad de introducir variaciones a la imputación jurídica contenida en la resolución de acusación puede concretarse a través de dos mecanismos: uno, el procedimiento previsto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, que permite hacerlo una vez concluida la práctica de las pruebas en la audiencia pública de juzgamiento a iniciativa del fiscal o del juez; y dos, mediante la facultad de este último para disminuir en la sentencia la entidad jurídica de los hechos materia de acusación. En ambos eventos, explicó la Sala, se deben seguir las siguientes reglas: (i) el trámite previsto en el citado

artículo 404 solo es imperativo cuando se pretende cambiar la calificación jurídica señalada en la resolución de acusación por una más gravosa; (ii) el juez puede degradar la responsabilidad en la sentencia, es decir, puede condenar por un delito de inferior gravedad o reconocer una circunstancia de atenuación punitiva; (iii) debe respetarse «la intangibilidad del núcleo esencial de la imputación fáctica», lo que significa que este no puede ser cambiado; y (iv) la modificación de la adecuación típica de la conducta «puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo, ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado».

En similar sentido, la Sala consideró que la jurisprudencia también ha admitido la posibilidad de condenar al inculcado bajo un grado de participación diverso al enunciado en la resolución de acusación, cuando el nuevo título de imputación no le sea más gravoso. Respecto del caso concreto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia afirmó:

«Así, bien es posible atemperar en la sentencia la atribución jurídica de interviniente a cómplice por la elemental razón que tal decisión no afecta sino que beneficia al procesado, en la medida en que el descuento punitivo previsto para el cómplice de una sexta parte a la mitad[5] es mayor que el autorizado en el inciso tercero del canon 30 para el interviniente, de tan solo una cuarta parte[6] (CSJ SP 22 de jun. 2006, rad. 24.824; CSJ SP, 15 jun. 2000)».

Frente al argumento desarrollado en la demanda de casación, relativo a que la modificación en la imputación jurídica afectó el derecho de contradicción porque durante el proceso el trabajo de la defensa estuvo dirigido a desvirtuar los presupuestos de la coautoría, la Sala manifestó que esta también fue desechada por el Tribunal Superior de Villavicencio. Afirmó que este, en su Sentencia, adujo que el señor Ahumada no tuvo el dominio del hecho, sino que contribuyó a la realización de la conducta antijurídica de los tesoreros de la Alcaldía de la misma ciudad. En este sentido, luego de transcribir el análisis de dicho Tribunal, la Sala concluyó:

«Nótese cómo, aunque el recurrente asegura que su cliente no se pudo defender de la complicidad deducida en segunda instancia, lo cierto es que a lo largo de la actuación rebatió la esencia de la imputación fáctica consistente en que su cliente (...), en su

condición de comisionistas o intermediarios financieros, excedieron los límites del contrato de corretaje para ayudar a los tesoreros del municipio de Villavicencio a esquilmar los caudales públicos».

22.2 De otro lado, antes de pronunciarse sobre el recurso extraordinario de casación formulado por quien, al igual que el actor, fungió como intermediario financiero, la Sala de Penal de la Corte Suprema de Justicia aclaró que «aunque el mandatario judicial de Ahumada Sabogal no elevó ningún cargo en orden a rebatir el juicio de reproche edificado en su contra por el juez plural, la Corte evaluará el asunto a la par de las censuras formuladas por la defensa de [la otra persona sentenciada], en tanto [ambos] fueron condenados por primera vez en segunda instancia».

Con el fin establecer si la labor de los procesados se limitó al ejercicio legal del trabajo de intermediación o, si, por el contrario, su actuación trascendió el plano antijurídico penal, la Sala abordó el alcance de los contratos de agencia comercial y de corretaje de acuerdo con la legislación comercial y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la misma Corporación[7]. Al respecto, dijo que no obstante existen diferencias importantes entre los dos tipos de contratos, estos se asemejan en que tanto el corredor como el agente son comerciantes independientes, actúan por cuenta de otro y la finalidad de su quehacer es gestionar intereses ajenos.

En este orden, sostuvo que la suma de varias circunstancias permitió al ad quem establecer con certeza la responsabilidad de los acusados en la comisión del delito de peculado por apropiación a favor de terceros en calidad de cómplices.

En similar sentido, aseguró que si bien algunas de las actividades realizadas por los procesados y señaladas por el Tribunal como indicativas de un comportamiento deliberado y encaminado a la consumación del delito se inscriben dentro de las gestiones propias de los contratos de corretaje y de agencia comercial, otras exceden el marco legal de dichos contratos, tal y como quedó debidamente probado, incluso, con las declaraciones de los dos tesoreros municipales implicados. Resaltó que, conforme a los contratos celebrados, es evidente que su gestión se debía limitar a promover el negocio, contactar futuros inversionistas y poner en contacto a las partes del contrato para que decidieran si celebraban o no el negocio ofrecido. En consecuencia, «no les asistía ningún deber de

adentrarse en las minucias derivadas de la ejecución del contrato, como cuando le llevaban a los tesoreros las ofertas de cesión de derechos suscritas por el representante legal de Coocafé y los soportes de las transferencias de dineros a la cuenta del patrimonio autónomo o de los rendimientos causados una vez cumplidos los plazos pactados y a su turno regresaban a Coocafé las referidas ofertas signadas por dichos funcionarios públicos, o cuando pactaban con estos los plazos de las inversiones y montos de las utilidades, porque tales aspectos debían ser del exclusivo resorte de los contratantes».

Agregó que a la inferencia razonable de responsabilidad de los procesados se debe añadir el hecho de que está demostrado que para recibir las onerosísimas comisiones resultantes de las labores de intermediación, los acusados acudieron a la estrategia de fraccionar los pagos, para lo cual se valieron de familiares, amigos, conocidos y hasta desconocidos. En este mismo sentido, y en cuanto a las altas tarifas de las mencionadas comisiones, la Sala de Casación Penal puso de relieve que según el representante legal de VIMESA S.A. -quien aceptó los cargos formulados en su contra-, las mismas alcanzaron porcentajes importantes, los cuales resultaban de la diferencia entre un tope máximo del 22% -que se pagaba con el dinero público invertido- y el monto de los rendimientos ofrecidos al municipio.

De este modo, la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia decidió no casar la sentencia proferida el 20 de febrero de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio.

2. Solicitud de tutela

Con fundamento en lo expuesto, el 10 de diciembre de 2018, el señor Édgar Antonio Ahumada Sabogal interpuso acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

2.1 Para fundamentar su solicitud, manifestó que la sentencia emitida el 29 de agosto de 2018 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió en un defecto por violación directa de la Constitución porque la mencionada decisión no garantizó el derecho a la doble conformidad judicial del fallo condenatorio adoptado en segunda instancia. Aseguró que este derecho, el cual forma parte del derecho de defensa y se

encuentra reconocido en los artículos 29 de la Constitución, 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), implica la garantía de que la decisión inculpatória dictada por primera vez en segunda instancia o en sede de casación sea revisada de forma integral por una autoridad judicial diferente de quien la profirió.

Al respecto, añadió que en la Sentencia C-792 de 2014, la Corte Constitucional precisó que el derecho a la impugnación recae sobre todas las sentencias inculpatórias, con independencia de la estructura del proceso penal, el número de instancias en las que se adelanta el juicio o el tipo de delito, o de si la condenada se produjo por primera vez en segunda instancia.

Sostuvo que era imprevisible que la Corte Suprema de Justicia efectuara un análisis de fondo sobre su responsabilidad penal, dado que el recurso extraordinario de casación, de acuerdo con la normativa que lo regula y lo dicho por esta Corporación en la Sentencia C-792 de 2014, no es idóneo para satisfacer la garantía de doble conformidad judicial. Además, indicó que aunque presentó un recurso de apelación en contra de la decisión de segunda instancia, este fue rechazado por el Tribunal Superior de Villavicencio, quien decidió no remitirlo a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

2.2 Así mismo, el actor alegó que la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió en un defecto por violación del precedente constitucional contenido en la Sentencia SU-215 de 2016, «al confundir la garantía de doble conforme y la de doble instancia». Afirmó que en esta providencia, si bien la Sala Plena negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, reconoció que el derecho a la doble conformidad judicial es aplicable a los procesos regulados por la Ley 600 de 2000.

2.3 El accionante sostuvo que la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema también incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, que establece el procedimiento que debe adelantar el juez para variar la calificación jurídica en la audiencia de juzgamiento. Explicó que, en concordancia con la jurisprudencia constitucional[8], el procesado tiene derecho a defenderse de las modificaciones a la imputación jurídica, incluso cuando estas sean más favorables a su situación. Al respecto, agregó que, de hecho, dado que fue absuelto en

primera instancia, «la mal llamada “reducción” de la calificación jurídica realmente constituyó un acto de agravamiento» de su situación, pues con el nuevo título de imputación fue condenado en segunda instancia.

2.4 Finalmente, el actor aseveró que la sentencia cuestionada incurrió en un defecto por falta de motivación. Sobre el particular, insistió en que el recurso extraordinario de casación no es un recurso efectivo para revisar integralmente las decisiones condenatorias dictadas por primera vez en segunda instancia. Sin embargo, en el evento en que se considere que en el caso concreto sí lo era, «se puede observar que el análisis realizado por la Sala de Casación Penal se encuentra viciado de falta de motivación, por cuanto no analiza la totalidad de las circunstancias fácticas y jurídicas que fueron alegadas a lo largo del proceso penal».

Con fundamento en lo expuesto, el señor Édgar Antonio Ahumada Sabogal solicitó dejar sin efectos la sentencia proferida el 29 de agosto de 2018 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

3. Trámite de instancia

La acción de tutela fue tramitada ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual mediante auto del 12 de diciembre de 2018 ordenó su notificación a la autoridad judicial accionada y vinculó al trámite de tutela a la Fiscalía General de la Nación, a la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio y al Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad.

3.1 Contestación del Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio

El 13 de diciembre de 2018, por medio de correo electrónico, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio únicamente precisó los nombres de las partes, sus apoderados, y de los terceros intervinientes en el proceso penal, así como sus direcciones, los correos electrónicos y el teléfono o celular de contacto.

3.2 Contestación de la Procuraduría Tercera Delegada para la Casación Penal

El mismo día, la Procuraduría Tercera Delegada para la Casación Penal informó que rindió concepto ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con ocasión del

recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados, en el que solicitó no casar la sentencia adoptada el 20 de febrero de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio.

3.3 Contestación de la Dirección Especializada contra la Corrupción de la Fiscalía General de la Nación

Mediante escrito remitido al juez de tutela el 19 de diciembre de 2018, la entidad solicitó denegar el amparo de los derechos fundamentales invocados. Para ello, se limitó a indicar que la variación de la calificación jurídica de la conducta por parte del fallador de segunda instancia no alteró el núcleo esencial de la imputación fáctica ni vulneró los derechos del procesado.

II. LA SENTENCIA QUE SE REvisa

En sentencia del 16 de enero de 2019, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia negó la protección constitucional solicitada.

La Sala estimó que la acción de tutela interpuesta no satisface los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. Lo anterior, por cuanto el actor dejó transcurrir un año y siete meses entre la decisión adoptada el 4 de mayo de 2017 por el magistrado sustanciador de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, mediante la cual rechazó el recurso de impugnación contra la sentencia condenatoria de segunda instancia, y la interposición de la acción de tutela. En cuanto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, resaltó que el accionante no interpuso el recurso de reposición que se encuentra regulado en el artículo 176 de la Ley 906 de 2004, contra esa decisión del Tribunal.

En relación con la pretensión encaminada a que se deje sin efectos la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de casación, la Sala anotó que su homóloga penal analizó los cargos propuestos en la demanda, conforme a la jurisprudencia en vigor. En este sentido, advirtió que la pretensión de tutela se funda exclusivamente en la inconformidad con la decisión atacada, la cual fue tomada bajo los principios de autonomía e independencia que guían la función judicial. Por tanto, «el accionante no puede pretender anteponer su propia interpretación a la de la autoridad accionada y atacar, por esa vía, la decisión que considera lo desfavoreció, pues tal finalidad resulta ajena a la de la acción de

tutela, mecanismo que dada su naturaleza excepcional no fue creado para erigirse como una instancia más dentro de los juicios ordinarios».

Esta sentencia no fue objeto de impugnación.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, y con la selección y el reparto efectuados, la Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada.

2. Asunto previo: procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

Dado que la acción de tutela se interpone contra la sentencia emitida el 29 de agosto de 2018 por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que resolvió no casar el fallo inculpatório proferido el 20 de febrero de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, es preciso definir, en primer lugar, si la misma es procedente.

Para el efecto, debe reiterarse que, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, la acción de tutela procede de manera excepcional contra providencias judiciales cuando amenacen o vulneren derechos fundamentales[9]. En criterio de la Corte, la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos se fundamenta en la necesidad de lograr un equilibrio entre el principio de autonomía e independencia judicial y la eficacia y prevalencia de los derechos fundamentales, así como en la lectura teleológica del artículo 86 de la Carta[10].

Actualmente, en aplicación del precedente fijado en la Sentencia C-590 de 2005[11], la acción de tutela contra providencias judiciales solo procede cuando satisface dos tipos de causales: por un lado, las denominadas generales, mediante las que se establece si la providencia judicial cuestionada puede ser objeto de estudio por el juez de tutela; y, por otra, las causales especiales o específicas, a la luz de las cuales se define si una providencia violó derechos fundamentales[12].

En cuanto a los requisitos generales de procedibilidad, en la citada sentencia, la Corte definió los siguientes: (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia

constitucional[13]; (ii) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable[14]; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración[15]; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora[16]; (v) que el accionante identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible[17]; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela[18].

Con fundamento en lo expuesto, a continuación la Sala establecerá si la acción de tutela de la referencia cumple los requisitos generales de procedencia contra providencias judiciales.

2.1 El presente proceso satisface el presupuesto de legitimación en la causa por activa y por pasiva[19], toda vez que el accionante es el destinatario de la decisión judicial a la que atribuye la afectación de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia; y la acción de tutela se dirigió contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, autoridad judicial que profirió dicha decisión. Además, en el expediente obra constancia de que se vinculó al proceso de tutela a la Fiscalía General de la Nación, a la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio y al Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, los dos últimos en calidad de jueces de segunda y primera instancia en el proceso penal, respectivamente.

2.2 Esta acción de tutela plantea un asunto de relevancia constitucional, en la medida en que el accionante cuestiona aspectos relacionados con la posible conculcación de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, por cuenta de una sentencia judicial que, en principio, (i) no tuvo en cuenta los estándares de protección del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria desarrollados por esta Corporación en las Sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016 y (ii) rechazó, de manera equivocada, los argumentos presentados para demostrar la violación del principio de congruencia.

2.3 Ahora bien, en criterio de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la presente acción de tutela no cumple el requisito de subsidiariedad, toda vez que el actor no interpuso el recurso de reposición de que trata el artículo 176 de la Ley 906 de 2004 contra la providencia dictada el 4 de mayo de 2017 por el magistrado sustanciador de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, mediante la que rechazó el recurso de impugnación contra la sentencia condenatoria de segunda instancia.

No obstante, la Sala encuentra que la acción de tutela sí cumple este requisito, por varias razones. En primer lugar, porque la acción se dirigió contra la sentencia emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que resolvió no casar el fallo condenatorio aprobado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, y no contra el auto que señala el juez de tutela.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral quinto de la parte resolutive de dicha sentencia, contra la misma «no procede recurso alguno».

En segundo lugar, aunque se admitiera la hipótesis de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que el proceso penal adelantado contra el actor se sujetó a las reglas de la Ley 600 de 2000, y no a las previstas en el actual Código de Procedimiento Penal, por lo que es claro que el accionante no podía interponer el recurso de reposición regulado en el artículo 176 de la Ley 906 de 2004 contra la negativa del Tribunal Superior de Villavicencio de dar trámite a la impugnación incoada.

Si bien al tenor del artículo 189 de la Ley 600 de 2000, «el recurso de reposición procede contra las providencias de sustanciación que deban notificarse», lo cierto es que en el auto suscrito el 4 de mayo de 2017, el magistrado sustanciador le manifestó al accionante que contra la decisión de fondo que pretendía atacar, es decir, contra la sentencia que lo condenó en segunda instancia por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros en calidad de cómplice, el único recurso que procedía era el extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia. Incluso, en la mencionada providencia, luego de la exposición de la tesis de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con la improcedencia del recurso de impugnación contra las sentencias condenatorias emitidas por primera vez en segunda instancia, el magistrado dispuso: «se procede a devolver el proceso a la Secretaría de la Sala para que se surtan los traslados inherentes a ese recurso

[se refiere a la casación]. Entérese al togado de la presente decisión y continúese con el trámite posterior».

Finalmente, en relación con la acción de revisión, la Corte constata que, en atención a lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley 600 de 2000, ni los antecedentes del caso ni la pretensión de tutela encuadran en alguna de las causales de la acción allí previstas[20]. Esta es una razón suficiente para concluir que este medio de defensa judicial tampoco era procedente en este caso.

En consecuencia, queda demostrado que la acción de tutela de la referencia sí satisface el requisito de subsidiariedad.

De otro lado, la Sala encuentra que varias circunstancias refuerzan la conclusión anterior. En efecto, la falta de disposiciones constitucionales que dieran claridad sobre la competencia para resolver el recurso de impugnación y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que negaba la existencia del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria dictada en segunda instancia son circunstancias que, aunadas a las ya descritas, obligaron al accionante a agotar la vía ordinaria mediante la interposición del recurso extraordinario de casación.

2.4 Igualmente, en opinión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el asunto de la referencia incumple el requisito de inmediatez, toda vez que el actor dejó transcurrir un año y siete meses entre la interposición de la acción de tutela y la citada decisión del 4 de mayo de 2017.

Sobre el particular, basta con reiterar que la acción se dirigió contra la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que resolvió no casar el fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, y no contra el auto del 4 de mayo de 2017.

Además, la providencia judicial cuestionada data del 29 de agosto de 2018, lo que significa que la acción de tutela se interpuso aproximadamente cuatro meses y dos semanas después, y no un año y siete meses después, como lo pretende hacer ver el juez de tutela. En criterio de la Sala, este término resulta razonable para cuestionar la constitucionalidad de un fallo que confirma una condena impuesta por primera vez en segunda instancia.

2.5 De otro lado, la irregularidad procesal alegada por el actor –negativa frente a la solicitud de dar trámite al recurso de impugnación– se encuentra reflejada en la sentencia misma y, si existió, es evidente que afectó sus derechos fundamentales, por cuanto le habría privado de una oportunidad procesal adicional para exponer sus puntos de vista y defenderse.

2.6 El accionante identificó de manera razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos fundamentales vulnerados y alegó tal vulneración en el escrito del recurso de impugnación incoado contra la sentencia condenatoria.

2.7 Finalmente, la providencia cuestionada no es una sentencia de tutela, sino un fallo de carácter penal.

En virtud de lo expuesto, la Sala concluye que la solicitud de amparo es procedente y, en consecuencia, pasará a estudiarla de fondo.

3. Presentación del caso y problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes expuestos, el 11 de agosto de 2009, y bajo el procedimiento establecido en la Ley 600 de 2000, la Fiscalía Diecisiete Delegada para Delitos contra la Administración Pública vinculó al accionante y a otra persona a una investigación por la presunta comisión del delito de peculado por apropiación a favor de terceros en calidad de intervinientes.

Luego de que se surtieran las etapas procesales correspondientes, en sentencia del 3 de agosto de 2011, conforme a la conducta imputada por la Fiscalía, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio absolvió a los acusados de toda responsabilidad. No obstante, en razón de la apelación formulada por la Fiscalía y el Procurador Penal Judicial II 180, el 20 de febrero de 2017, la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio revocó la sentencia de primera instancia y condenó a los procesados a la pena principal de 120 meses de prisión, multa de tres mil millones de pesos e inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por el mismo término de la pena principal, por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, pero a título de cómplices.

Por lo anterior, el 10 de marzo de 2017, y en aplicación lo decidido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-792 de 2014 respecto de la posibilidad de impugnar la

primera sentencia condenatoria que se dicte en un proceso penal, el actor interpuso recurso de impugnación contra la decisión de segunda instancia. Dado que, con fundamento en la postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, el 4 de mayo siguiente, el magistrado sustanciador rechazó la procedencia de la impugnación, el 21 de junio del mismo año, el accionante presentó recurso extraordinario de casación. En su escrito, acusó el fallo de segunda instancia de haber vulnerado el principio de congruencia, como resultado del cambio en la calificación jurídica de la conducta.

Sin embargo, el 29 de agosto de 2018, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió no casar la sentencia proferida el 20 de febrero de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio. Para sustentar su decisión, indicó que la jurisprudencia también ha admitido la posibilidad de condenar al inculcado bajo un grado de participación diverso al enunciado en la resolución de acusación, cuando el nuevo título de imputación no le sea más gravoso. Adicionalmente, con ocasión del recurso extraordinario de casación formulado por la otra persona condenada en el proceso, y atención a que ambos «fueron condenados por primera vez en segunda instancia» bajo los mismos cargos, la Sala emitió pronunciamiento de fondo sobre la responsabilidad de los implicados en la comisión del delito endilgado.

Por estos hechos, el 10 de diciembre de 2018, el señor Ahumada Sabogal interpuso una acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el propósito de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia. Estimó que la sentencia incurrió en los defectos de violación directa de la Constitución, porque no garantizó el derecho a la doble conformidad judicial reconocido en los artículos 29 de la Constitución, 14.5 del PIDCP y 8.2.h de la CADH, y desarrollado jurisprudencialmente en la Sentencia C-792 de 2014; violación del precedente constitucional, específicamente del contenido en la Sentencia SU-215 de 2016, en la cual la Corte estableció que el derecho a la doble conformidad judicial también es aplicable a los procesos regulados por la Ley 600 de 2000; defecto sustantivo, por desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, que establece el procedimiento que debe adelantar el juez para variar la calificación jurídica en la audiencia de juzgamiento; y falta de motivación, por cuanto en la sentencia de casación, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no analizó todas las circunstancias fácticas y jurídicas que fueron alegadas a lo largo del proceso penal.

Conforme a lo expuesto, corresponde a la Corte Constitucional resolver el siguiente problema jurídico: ¿La sentencia emitida en sede de casación el 29 de agosto de 2018 por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia vulneró los derechos fundamentales del señor Ahumada Sabogal al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, porque (i) no satisfizo los estándares de protección del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria desarrollados por esta Corporación en la Sentencia C-792 de 2014 y (ii) se equivocó al considerar acertada la variación de la calificación jurídica de la conducta, bajo el argumento de que ello es admisible cuando el nuevo título de imputación no le sea más gravoso al procesado?

Para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala Plena de la Corte Constitucional desarrollará los siguientes temas: (i) las causales especiales o específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, puntualmente las causales de defecto sustantivo, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución; (ii) el derecho a impugnar la sentencia condenatoria dictada por primera vez en segunda instancia; (iii) las medidas provisionales adoptadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para impugnar la primera sentencia condenatoria; y (iv) El principio de congruencia entre la sentencia y la resolución de acusación en el marco procesal de la Ley 600 de 2000. Por último, resolverá el caso concreto.

Con base en lo anterior, la Corte determinará si es menester conceder la acción de tutela interpuesta por el señor Édgar Antonio Ahumada Sabogal contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y, en consecuencia, revocar la sentencia de tutela proferida el 16 de enero de 2019 por la Sala de Casación Civil de la misma Corporación.

4. Trámite ante la Corte Constitucional

4.1 En atención a las acusaciones dirigidas contra la sentencia de la Sala de Casación Penal, en particular, la falta congruencia respecto de la resolución de acusación dictada el 1 de junio de 2010 contra el accionante, por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros en calidad de interviniente, mediante auto del 31 de mayo de 2019, el despacho de la magistrada ponente solicitó a la Dirección Especializada contra la Corrupción de la Fiscalía General de la Nación que remitiera copia de dicho documento[21].

4.2 El 10 de junio de 2019, la Fiscalía General de la Nación, por intermedio del Grupo de

Apoyo Legal de la Dirección Especializada contra la Corrupción, envió a la Corte Constitucional la decisión solicitada, en la cual se observa que, en efecto, el 1 de junio de 2010, la Fiscalía Auxiliar Delegada ante la Corte Suprema de Justicia resolvió, en el numeral tercero, acusar al señor Édgar Antonio Ahumada Sabogal «como interviniente del delito de peculado por apropiación a favor de tercero»[22], con fundamento en los siguientes hechos:

En primer lugar, la Fiscalía destacó el monto de las comisiones recibidas por el procesado como consecuencia de su labor de intermediación entre el municipio de Villavicencio y VIMESA S.A. En este sentido, puso de presente que de los veintidós pagos recibidos, trece se hicieron a través de terceras personas. En opinión del ente acusador, «la única razón por la que todas esas maniobras de fraccionamiento se realizaron fue para esconder la destinación de los dineros obtenidos por las actividades ilícitas de las que se valió para lograr que los funcionarios de la Alcaldía, entre ellos su amigo Agustín Hortúa Rodríguez [tesorero del ente territorial al momento de los hechos], con quien tenía lazos de amistad por haber sido compañeros del colegio en Acacías, y su hermano Agustín Hortúa Holguín, autorizara situar excedentes de liquidez en los patrimonios autónomos particulares».

En segundo lugar, de manera puntual, la Fiscalía afirmó que la labor del señor Ahumada no se circunscribió al cumplimiento de las actividades previstas en el contrato de corretaje celebrado con VIMESA S.A., esto era, poner en contacto a esta con los inversionistas. Al respecto, estimó que el papel del procesado fue determinante para que, no solo su amigo Agustín Hortúa Rodríguez «situara sin ningún reparo excedentes de liquidez en patrimonios autónomos», sino además para que el municipio perdiera importantes recursos. Indicó que llegó a esta conclusión luego de examinar las declaraciones de otros implicados. Así, el señor Hortúa Rodríguez sostuvo que pactaba los rendimientos financieros de las colocaciones con el sindicato. De igual forma, otro funcionario que también fungió como tesorero del ente territorial precisó que los dos intermediarios financieros, entre ellos el señor Ahumada, le entregaban las propuestas, se encargaban de recoger copia de las consignaciones de los rendimientos y del capital y posteriormente le llevaban la certificación en la que constaba que la inversión se había realizado.

En tercer lugar, y respecto las utilidades obtenidas por el señor Ahumada, señaló que este y el otro intermediario financiero eran quienes pactaban los rendimientos, «obviamente ello

con el propósito de obtener una comisión más alta, pues recordemos que su porcentaje de comisión resulta de la diferencia entre lo acordado con el municipio y el pactado con la banca de inversión». En este punto, la Fiscalía añadió: «Entonces, si la labor del agente comercial, según lo expuesto en los alegatos precalificatorios era solo la de relacionar a los intervinientes en la negociación ¿Por qué razón obtenía un porcentaje más alto que la misma banca de inversión? La respuesta a este interrogante solo puede definirse por el rol de los intermediarios, los cuales ya conocían a los tesoreros y se sentían seguros de sus propósitos ilegales».

En cuarto lugar, al referirse al título de imputación, la entidad citó una sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que aborda la teoría del dominio del hecho, conforme a la cual es autor quien domina finalmente la realización del delito, lo que abarca las hipótesis de la autoría mediata y la coautoría[23]. Esta última representa la cooperación de varios sujetos en la ejecución del ilícito en quienes deben concurrir: «a) la decisión común y anterior de realizar el hecho; b) la aportación objetiva de una contribución trascendente en la ejecución de la conducta delictiva y c) que ese aporte no se encuentre en el ámbito de los actos preparatorios». Desde esta perspectiva, continua la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, interviniente es el coautor de las conductas que requiere autor cualificado, como aquellas que se han tipificado contra la administración pública. En estos delitos el punible solo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, «pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de intervinientes».

Con fundamento en lo anterior, la Fiscalía resaltó que desde el inicio de la negociación, los dos intermediarios financieros participaron en cada uno de sus aspectos y etapas. Así, directamente ofrecieron el producto a la Alcaldía de Villavicencio, hicieron los trámites para que se suscribieran las ofertas de cesión de derechos de beneficio, obtuvieron los certificados de depósito y estuvieron atentos a la fecha en que se cumplían las renovaciones, con el fin de solicitar la comisión «y entregar parte de ella a los funcionarios públicos que hoy están siendo investigados por el delito de cohecho». Con fundamento en estos hechos, aseguró que «es muy probable que el comportamiento del sindicato fue necesario para la estructuración del delito, en tanto que, sin su intermediación o la de otros

agentes comerciales, seguramente la Alcaldía no habría realizado o [no se habría] enterado de esta clase de inversiones».

En consecuencia, la entidad profirió resolución de acusación en contra del señor Édgar Antonio Ahumada Sabogal «como interviniente del delito de peculado por apropiación a favor de tercero».

4.3 En el término de traslado de las pruebas, el 21 de agosto de 2019, el señor Miguel González Roncancio, quien también fue condenado por primera vez en segunda instancia en razón de su labor como intermediario financiero, presentó un escrito ante la Secretaría General de la Corte Constitucional, en el cual afirmó que la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia también vulneró sus derechos fundamentales a la doble instancia y al debido proceso, por desconocimiento del principio de congruencia.

5. Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

Esto significa que la irregularidad que se alega debe encuadrarse razonablemente como un (i) defecto orgánico, el cual se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece de manera absoluta de competencia para ello, conforme a lo previsto en las normas que regulan la competencia; (ii) defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; (iii) defecto fáctico, que surge cuando el juez no tenía el apoyo probatorio con base en el cual aplicó el supuesto legal en el que sustentó su decisión; (iv) defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; (v) error inducido, el cual tiene lugar cuando el juez fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afectó derechos fundamentales; (vi) decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones; (vii) desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance; y (viii) violación directa de la Constitución, que se presenta cuando el operador judicial desconoce un postulado de la

Carta Política de 1991, es decir, el valor normativo de los preceptos constitucionales.

De otro lado, la Corte ha definido un criterio adicional de procedibilidad, de carácter restrictivo, cuando se trata de acciones de tutela contra providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en atención a que «dichos organismos judiciales son los llamados a definir y unificar la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones»[24].

Este criterio está dado por la urgencia de la intervención de juez constitucional y la incompatibilidad insuperable entre la decisión judicial adoptada y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el alcance de los derechos fundamentales[25]. «En los demás eventos, los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aun cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión»[26].

Ahora bien, pasa la Sala a reiterar brevemente la jurisprudencia que aborda las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela en las que, en criterio del accionante, incurrió la sentencia aprobada el 29 de agosto de 2018 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

5.1 Defecto material o sustantivo

En la Sentencia SU-632 de 2017, reiterada en la Sentencia SU-072 de 2018, la Corte sostuvo que el defecto material o sustantivo se configura cuando la decisión que toma el juez desborda el marco normativo sobre el que debió apoyarse para decidir el caso puesto a su consideración, por una falencia o error en los procesos de interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico[27]. En consecuencia, este defecto se fundamenta en los límites que gobiernan la competencia de las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, al amparo de los principios de autonomía e independencia judicial[28].

En este sentido, el defecto sustantivo aparece cuando el fallador desconoce abiertamente y por completo la norma legal o infralegal aplicable, pues «Para que el defecto dé lugar a la procedencia de la acción de tutela, debe tratarse de una irregularidad de tal entidad, que lleve a la emisión de un fallo que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos constitucionales»[29]. Por esta razón, ha dicho la jurisprudencia, «el camino a seguir por el juez de tutela ante la alegación de un defecto sustantivo es estrecho; no debe ser el juez

constitucional quien señale la interpretación correcta o conveniente en un caso específico por encima del juez natural»[30].

En la citada Sentencia SU-632 de 2017, con apoyo en las Sentencias SU-168 de 2017 y SU-210 de 2017, la Sala Plena sistematizó las circunstancias que materializan el defecto material o sustantivo, así:

«(i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional[31].

(ii) La aplicación de una norma requiere interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y resultan necesarias para la decisión adoptada[32].

(iii) Por aplicación de normas constitucionales no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional pero al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada[33].

(iv) Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia[34].

(v) Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos erga omnes. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico[35].

(vi) Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución[36]».

Adicionalmente, en la Sentencia T-1095 de 2012, la Corte advirtió que una providencia judicial incurre en defecto material o sustantivo por «interpretación irrazonable», cuando confiere a la disposición jurídica un sentido o un alcance que no tiene (interpretación contraevidente o contra legem), produciendo una afectación injustificada a los intereses legítimos de una de las partes[37]; o cuando le otorga una interpretación que en principio parece posible, pero que en realidad es contraria a los postulados constitucionales o

conduce a resultados desproporcionados[38]. Así mismo, en las Sentencias T-830 de 2012 y T-360 de 2014, esta Corporación aclaró que el defecto sustantivo también se presenta cuando la decisión judicial se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical– sin justificación suficiente.

De este modo, el defecto material o sustantivo se configura en situaciones excepcionales en las que, en franco desconocimiento de los límites de la autonomía e independencia judicial, el fallador aplica una norma o regla jurisprudencial claramente inaplicable al caso, o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contradice la hermenéutica jurídica aceptable.

5.2 Defecto por decisión sin motivación

A partir de las Sentencias T-949 de 2003 y C-590 de 2005, la jurisprudencia estableció la falta de motivación de las decisiones judiciales como un criterio específico autónomo de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Este defecto ha sido entendido como la ausencia de sustento argumentativo o la falta de profundidad y pertinencia de las consideraciones que soportan la decisión, que lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de la parte afectada[39].

En reiterada jurisprudencia, la Corte ha destacado la necesidad de que las decisiones judiciales se soporten en un análisis juicioso y claro de todos los hechos y asuntos planteados dentro del debate judicial[40]. Esto se traduce en la exigencia de una explicación de «las razones que llevaron al juez a desechar o encontrar demostrados los cargos que fundamenten el caso objeto de resolución»[41]. No obstante, la jurisprudencia también ha sostenido que la verificación de la ausencia de motivación de las decisiones judiciales tiene relación directa con la complejidad del asunto, pues mientras que en algunos casos unas breves consideraciones bastarán para resolver la controversia, en otros será necesario que el juez argumente de manera pormenorizada la decisión que va a adoptar. En todo caso, «siempre habrá de emitirse pronunciamiento sobre los asuntos entorno de los cuales gira la controversia y si es del caso, aducir la razón jurídica por la cual el fallador se abstendrá de tratar alguno de los puntos sometidos a su consideración»[42].

Al respecto, en la Sentencia T-233 de 2007[43], esta Corporación afirmó:

«Ahora bien, la motivación suficiente de una decisión judicial es un asunto que corresponde analizar en cada caso concreto. Ciertamente, las divergencias respecto de lo que para dos intérpretes opuestos puede constituir una motivación adecuada no encuentra respuesta en ninguna regla de derecho. Además, en virtud del principio de autonomía del funcionario judicial, la regla básica de interpretación obliga a considerar que sólo en aquellos casos en que la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado. En esos términos, la Corte reconoce que la competencia del juez de tutela se activa únicamente en los casos específicos en que la falta de argumentación decisoria convierte la providencia en un mero acto de voluntad del juez, es decir, en una arbitrariedad» (negrilla fuera del texto).

Así, solo la falta de consideración del problema jurídico central del caso implica que la decisión carece de motivación y, por tanto, que vulnera el principio de contradicción y el derecho de defensa. No es suficiente entonces alegar que el juez se abstuvo de analizar una cuestión determinada. Más allá de esto, es preciso demostrar que la omisión es de tal importancia que produjo una decisión diferente a la que correspondía en derecho.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte ha establecido que una providencia incurre en este defecto cuando: (i) omite pronunciarse sobre los hechos relevantes del caso o sobre los argumentos de las partes, que pueden resultar fundamentales para definir el sentido de la decisión[44]; (ii) no justifica el motivo por el cual estima innecesario abordar ciertos temas o (iii) los aborda solo de manera aparente o sin sustento probatorio o jurídico alguno[45]; y (iv) cuando, de manera deliberada, pasa por alto, dentro de la valoración de los hechos y de las normas aplicables, los principios constitucionales y derechos fundamentales relevantes[46].

En conclusión, el defecto de decisión sin motivación se configura cuando el juez incumple el deber de explicar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, bien sea porque el fallo carece de razones que lo sustenten o porque estas son insuficientes. Desde esta perspectiva, «la motivación de los actos jurisdiccionales constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico

y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia»[47].

5.3 Defecto por desconocimiento del precedente constitucional

Esta Corporación ha sostenido que este defecto se configura cuando el juez desconoce el precedente judicial de orden constitucional, sin referirse expresamente a la jurisprudencia que resuelve casos análogos y sin exponer razones suficientes que ameriten el distanciamiento[48].

Para entender el alcance de este defecto, es pertinente hacer dos precisiones sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional. En primer lugar, desde la Sentencia SU-047 de 1999, existe claridad acerca de que solo la decisión y la ratio decidendi de las sentencias, es decir, la regla que se aplicó para resolver el caso, tienen valor normativo. De este modo, los argumentos accesorios utilizados para dar forma al fallo judicial, conocidos como obiter dicta, no tienen efectos vinculantes para futuras decisiones.

En segundo lugar, el fundamento normativo de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte varía según se trate de fallos de constitucionalidad o de sentencias de revisión de tutela. En relación con los fallos de constitucionalidad, la naturaleza vinculante de las sentencias se deriva de sus efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional, pues al tenor del artículo 243 superior, las normas que la Corte declara inconstitucionales no pueden ser reproducidos por ninguna autoridad. En todo caso, como se indicó en el acápite dedicado a la caracterización del defecto material o sustantivo, las providencias judiciales que se aparten de las sentencias de constitucionalidad de la Corte incurren en ese defecto, en la medida en que interpretan o aplican el derecho viviente de forma incompatible con el alcance que la Corte Constitucional le ha dado a la Constitución[49].

Respecto de las sentencias de las salas de revisión, los principios de igualdad, supremacía constitucional y seguridad jurídica, así como la efectividad de los derechos fundamentales, implican que solo la ratio decidendi de la jurisprudencia en vigor prevalece sobre la interpretación llevada a cabo por otras autoridades judiciales[50]. Así, «cualquier decisión judicial que omita toda referencia al precedente vigente y que, por lo tanto, contiene una respuesta contraria a la que surgiría del precedente aplicable, es una decisión que, en principio, se muestra irrazonable e incurre en arbitrariedad, porque carece de la debida justificación o comporta el desconocimiento de los postulados constitucionales»[51].

Ahora bien, en reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha indicado que para determinar la procedencia de la acción de tutela por esta causal específica es preciso cumplir las siguientes exigencias:

«(i) Determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales contenidas en estos precedentes. (ii) Comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes pues de no hacerlo incurriría en un desconocimiento del principio de igualdad. (iii) Verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial bien por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, bien por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro homine»[52].

Igualmente, en la Sentencia SU-114 de 2018, la Corte explicó que este defecto no se configura cuando el funcionario judicial «i) refiere el balance judicial vigente (regla de transparencia); ii) ofrece un argumento suficiente y adecuado para el abandono o cambio de la norma jurisprudencial (regla de cambio); y iii) explica que su propuesta desarrolla de mejor manera los derechos y principios superiores (regla de suficiencia en jurisprudencia constitucional)».

De conformidad con lo expuesto, el defecto por desconocimiento del precedente se presenta cuando una autoridad judicial se aparta del precedente constitucional vinculante, sin cumplir con la exigencia argumentativa que esta postura demanda.

5.4 Defecto por violación directa de la Constitución

Este defecto se funda en el artículo 4 superior, el cual expresamente dispone que «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales». Esta norma contiene el principio de supremacía constitucional, el cual considera la naturaleza normativa de la Constitución y revela el carácter de esta como fuente primaria en el ordenamiento jurídico[53].

Aunque pareciera que este principio se limita al reconocimiento de la jerarquía normativa

del texto constitucional, la jurisprudencia ha explicado que la noción de fuerza normativa de la Constitución hace alusión, al menos, a tres características esenciales de las normas constitucionales: (i) tienen prevalencia en el ordenamiento jurídico y constituyen el parámetro fundamental para verificar la validez formal y material de las normas de menor jerarquía[54], (ii) son la principal referencia para interpretar el derecho infraconstitucional[55] y (iii) en algunos casos, tienen eficacia jurídica directa[56].

Ahora bien, en un comienzo, en vigencia de la doctrina de las vías de hecho[57], el defecto de violación directa de la Constitución se entendió comprendido en los supuestos jurídicos que daban lugar a la configuración de un defecto sustantivo. Así, verbi gratia, en la Sentencia SU-1722 de 2000, la Corte señaló que desconocer la disposición constitucional que expresamente prohíbe al superior funcional «agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único» supuso en el caso concreto la materialización de un defecto sustantivo. Igualmente, en la Sentencia SU-159 de 2002, la Sala concluyó que existe un defecto sustantivo cuando en el curso de una actuación penal se vulneran los derechos fundamentales del procesado.

En la actualidad, la jurisprudencia en vigor considera que este defecto se configura, además, cuando: (i) en la solución del caso no se interpretó o aplicó una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional[59]; (ii) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata[60]; (iii) el juez no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución[61]; y (iv) el fallador omitió aplicar la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de que la norma a la que se sujetaba el caso era incompatible con la Constitución[62], incluso si las partes no solicitaron tal aplicación[63].

En resumen, en razón de que el ordenamiento jurídico vigente reconoce valor normativo superior a los preceptos constitucionales, y que estos contienen mandatos de aplicación directa por las distintas autoridades, incluidos los jueces, «resulta posible que una decisión judicial pueda discutirse a través de la acción de tutela cuando desconozca o aplique indebida e irrazonablemente tales postulados»[64].

6. El derecho a impugnar la sentencia condenatoria dictada por primera vez en segunda instancia

6.1 En el escrito de tutela, el actor sostuvo que en las Sentencias C-792 de 2014 y SU-215

de 2016, la Corte Constitucional afirmó que el derecho a la impugnación recae sobre todas las sentencias condenatorias, con independencia de la estructura del proceso penal, la ley bajo la cual este se surtió –Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004–, el número de instancias en las que se adelantó el juicio o el tipo de delito. Además, indicó que de acuerdo con la normativa que lo regula y lo dicho por la Corte en la Sentencia C-792 de 2014, el recurso extraordinario de casación no es idóneo para satisfacer la garantía de doble conformidad judicial. El actor considera que ambos precedentes son aplicables a su caso, por cuanto, en el proceso penal seguido en su contra bajo los ritos de la Ley 600 de 2000, fue condenado por primera vez en segunda instancia y se vio obligado a interponer el recurso extraordinario de casación contra esa decisión, aunque «este era inefectivo para cumplir con la garantía de la apelación».

La Sala constata que, en efecto, esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el derecho a impugnar la sentencia inculpatória[65]. No obstante, para el análisis de esta jurisprudencia conviene distinguir entre (i) las sentencias que se refieren a los fallos emitidos en única instancia contra los aforados constitucionales[66], (ii) aquellas que se relacionan con el derecho a impugnar la primera condena que se dicte en sede de casación[67], entre las que sobresale la Sentencia SU-215 de 2016[68], referida por el accionante; y (iii) las que abordan este derecho respecto de los fallos condenatorios emitidos por los tribunales superiores en segunda instancia, que son las que resultan relevantes para resolver el presente caso.

6.2. Este Tribunal se ha referido en dos providencias al asunto relevante para resolver el presente caso, es decir, al derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria proferida por los tribunales superiores en segunda instancia. La primera decisión es la ya citada Sentencia C-792 de 2014[69], decisión en la que esta Corporación se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad formulada contra varios artículos de la Ley 906 de 2004, que no preveían la posibilidad de impugnar la sentencia de responsabilidad penal de segunda instancia.

En la mencionada sentencia, la Corte consideró que el legislador sí omitió prever medios de impugnación contra las sentencias condenatorias que se dictan dentro de un proceso penal, por lo que declaró la inconstitucionalidad de dicha omisión. Para llegar a esta conclusión, constató que la impugnación de los fallos condenatorios es un verdadero derecho subjetivo

de naturaleza fundamental y no solo una orientación o principio general constitucional, como lo había comprendido la jurisprudencia hasta la fecha, bajo el entendimiento equivocado de que este derecho se halla subsumido en la garantía de la doble instancia[70]. Este derecho, observó la Sala, el cual «integra el núcleo básico del derecho de defensa», se encuentra reconocido en tres disposiciones del ordenamiento superior, así: (i) el artículo 29 del texto constitucional, el cual establece que «toda persona (...) tiene derecho (...) a impugnar la sentencia condenatoria»; (ii) el artículo 8.2.h de la CADH, que dispone que «toda persona inculpada de delito tiene el (...) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior»; (iii) y el artículo 14.5 del PIDCP a cuyo tenor «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

De este modo, y luego de analizar el alcance de estas disposiciones y de la jurisprudencia de los organismos de los sistemas mundial y regional de derechos humanos[71], la Sala afirmó que el derecho fundamental a impugnar la sentencia condenatoria exige la existencia en el ordenamiento jurídico de un recurso que permita:

1. Atacar todo fallo penal condenatorio, al margen del número de instancias que tenga el proceso[72], toda vez que los artículos 29 superior, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP reconocen el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, no en función de la etapa en la cual se produce la decisión judicial, sino en función del contenido incriminatorio del fallo.
2. Cuestionar todos los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos de la sentencia («defensa especial y calificada»), pues «independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida»[73]. De esta consideración emergen, a su vez, las siguientes pautas fundamentales:

«(i) [P]rimero, en la medida en que el operador jurídico debe evaluar todas las bases de la providencia cuestionada, es decir, todos aquellos elementos que tienen repercusión en la decisión judicial, éste debe contar con amplias facultades para efectuar una revisión completa, amplia y exhaustiva del fallo; (ii) segundo, la evaluación de todos los elementos determinantes de la condena exige una nueva aproximación al caso que dio origen al litigio

judicial, y no solo un análisis de la decisión que resolvió la controversia; es decir, el examen debe recaer primariamente sobre la controversia sobre la cual se pronunció el fallo judicial, y sólo secundariamente, y a partir del análisis anterior, sobre la providencia condenatoria como tal; (iii) y finalmente, como se requiere un ejercicio analítico y valorativo de todos los elementos determinantes del fallo condenatorio, la revocatoria de la decisión condenatoria se debe producir cuando se verifique que ésta carece de alguno de sus fundamentos o elementos determinantes, y no solo cuando se configure una de las irregularidades o vicios determinados previamente en el derecho positivo; en otras palabras, el recurso judicial no debe estar sujeto a un conjunto cerrado de causales de procedencia establecidas previamente por el legislador, sino que debe existir un examen abierto de la sentencia» (negrilla fuera del texto original).

3. Controvertir la decisión ante una autoridad judicial distinta de la que impuso la condena, con la finalidad de que «el acto incriminatorio sea validado por dos operadores jurídicos distintos».

Ahora bien, sobre la idoneidad del recurso extraordinario de casación para satisfacer los estándares de protección indicados en precedencia[74], y después de analizar su configuración al tenor de lo preceptuado en la Ley 906 de 2004, y con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[75], en particular en los casos Herrera Ulloa vs Costa Rica[76] y Mohamed vs Argentina[77], esta Corporación concluyó que dicho recurso no satisface los estándares constitucionales del derecho a impugnar la sentencia que impone por primera vez una condena en segunda instancia, al menos por estas razones:

«(i) [N]o todas las sentencias condenatorias que se dictan por primera vez en la segunda instancia son susceptibles de ser impugnadas, porque el recurso no procede contra los fallos que juzgan contravenciones, porque el recurso puede ser inadmitido a discreción cuando se considere que la revisión judicial no es necesaria para los fines de la casación, y porque cuando los cuestionamientos del recurrente versan sobre la orden de reparación integral, son aplicables todos los condicionamientos de la legislación común; (ii) el tipo de examen que efectúa el juez de casación es distinto del que se efectúa en el marco del derecho a la impugnación, porque no recae sobre la controversia que da lugar al proceso judicial sino sobre la providencia recurrida, y porque el juez no tiene plenas potestades para

revisar integralmente el fallo sino sólo a partir de las causales establecidas de manera taxativa en el derecho positivo; (iii) por regla general, en sede de casación no existe una revisión oficiosa del fallo recurrido, porque la valoración de la sentencia se debe circunscribir a los cargos planteados por el casacionista» (negrilla fuera del texto).

Con fundamento en lo expuesto, la Sala estableció que el derecho a impugnar las sentencias condenatorias que se dictan dentro de un proceso penal tiene como contrapartida el deber del legislador de diseñar e implementar un recurso judicial que permita el ejercicio de tal prerrogativa. En consecuencia, y en razón de que declaró la inconstitucionalidad con efectos diferidos de las normas enjuiciadas, exhortó al Congreso de la República para que en el término de un año, «contado a partir de la notificación por edicto de esta Sentencia», regulara integralmente el derecho a impugnar «todas las sentencias condenatorias». Además, precisó que si el término del exhorto expiraba sin una regulación legislativa en la materia, correspondía entender que procede una impugnación integral contra «todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena».

El segundo fallo en esta misma línea argumentativa es la Sentencia SU-217 de 2019[78], en la cual la Corte analizó el caso de una persona absuelta en un primer momento y condenada en segunda instancia por la comisión del delito de falsedad ideológica en documento público, bajo el trámite procesal de la Ley 600 de 2000. El Tribunal Superior de Neiva y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia rechazaron el recurso de impugnación formulado contra esa decisión, con fundamento en la ausencia de una disposición legal que lo habilitara[79]. A juicio del accionante, el precedente fijado en la Sentencia C-792 de 2014 era aplicable a su caso, a pesar de que, como ya se explicó, en esta providencia la Corte revisó la constitucionalidad de varias normas de la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal.

Esta Corporación no solo encontró acertado el argumento expuesto por la parte actora, sino que además reiteró que «El derecho a la doble conformidad de la sentencia penal condenatoria es un componente del debido proceso penal, que supone que toda persona que se vea afectada por una decisión condenatoria de carácter penal, tiene derecho a impugnarla a través de un mecanismo que permita la revisión de todos los elementos que conllevaron a la decisión condenatoria».

Por tanto, la Sala Plena dispuso dejar sin efecto la decisión del Tribunal Superior de Neiva que rechazó el recurso de impugnación, ordenó a esa Corporación y a la Corte Suprema de Justicia darle trámite y, nuevamente, exhortó al Congreso de la República para que regule el procedimiento para el ejercicio del derecho a la impugnación de la primera sentencia condenatoria en materia penal[80].

6.3 Visto lo anterior, la Sala observa que la jurisprudencia constitucional más reciente reconoce que los artículos 29 superior, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP prevén la existencia del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria que se dicte en el marco de un proceso penal, mediante el cuestionamiento de todos los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos de la sentencia, ante un juez diferente del que impuso la condena, al margen de si se trata de un proceso adelantado bajo la Ley 600 de 2000 o la Ley 906 de 2004, o de si la primera sentencia inculpativa se dictó en segunda instancia o, incluso, en sede de casación. En este sentido, el mecanismo para impugnar debe garantizar que la autoridad competente para resolver el recurso pueda realizar una revisión completa del fallo, que abarque no solo la sentencia recurrida, sino principalmente el problema jurídico central del caso, y que no esté sujeta a causales que impidan el examen abierto de la misma.

Si bien, en principio, y de acuerdo con la normativa que lo regula, el recurso extraordinario de casación no cumple estas características, corresponde al juez de tutela determinar si en el caso concreto el pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación cumple materialmente los requerimientos básicos establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-792 de 2014. Esto significa que el juez constitucional deberá examinar, esencialmente, si (i) más allá del examen de la sentencia impugnada y del estudio de las causales de casación alegadas, la Sala de Casación Penal analizó la controversia jurídica que subyace al fallo cuestionado, y (ii) si la revisión del fallo la adelantó una autoridad judicial distinta de la que impuso la condena.

Para comprender el alcance de esta última afirmación, procede la Sala a analizar el Acto Legislativo 01 de 2018 y las medidas provisionales adoptadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para conocer la impugnación de la primera sentencia condenatoria.

7. El Acto Legislativo 01 de 2018 y las medidas provisionales adoptadas por la Sala de

Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para permitir la impugnación de la primera sentencia condenatoria

7.1 En su momento la Sentencia C-792 de 2014 no fue suficiente para que la Corte Suprema de Justicia y los tribunales superiores habilitaran la posibilidad de impugnar el fallo inculpatario dictado en segunda instancia o en sede de casación. En los años posteriores a su aprobación, para el efecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia manifestó, entre otros argumentos, (i) la ausencia de una disposición legal que regulara el recurso y fijara la competencia para su conocimiento y decisión[81], (ii) la violación del debido proceso -en la medida que «se crea, sin tener facultades para ello, un trámite específico al borde de los preestablecidos por el legislador»[82]-, (iii) la falta de cumplimiento por parte del Congreso de la República del exhorto formulado en la mencionada sentencia[83], y (iv) la inaplicabilidad de la Sentencia C-792 de 2014 a los procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000[84]. Inicialmente, y en los casos de primera condena en segunda instancia, la respuesta de la Corte Suprema de Justicia frente a los recursos de impugnación incoados con fundamento en las mencionadas sentencias consistió en ordenar la devolución de las actuaciones al tribunal superior de origen «para que se restablezca el procedimiento ajustándolo al único medio establecido legalmente para controvertir las sentencias de segunda instancia»[85], esto es, al recurso extraordinario de casación.

7.2 Mientras tanto, el 21 de marzo de 2017, el presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los ministros de Justicia y el Derecho e Interior, el Fiscal General de la Nación, así como varios senadores y representantes a la Cámara, radicaron el proyecto de acto legislativo que culminó con la promulgación del Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018, «Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria». De acuerdo con la exposición de motivos[86], esta reforma constitucional buscó viabilizar el ejercicio del derecho a la impugnación de la primera sentencia condenatoria, según los estándares de protección fijados en la Sentencia C-792 de 2014, mediante el ajuste de las competencias y de la composición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En lo que concierne al ejercicio del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria

dictada en segunda instancia, la reforma constitucional atribuyó, mediante la modificación del artículo 235 superior, dos nuevas competencias a la Corte Suprema de Justicia: «Conocer del derecho de impugnación y del recurso de apelación en materia penal, conforme lo determine la ley» (numeral 3) y resolver, a través de la Sala de Casación Penal, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena que profieran los tribunales superiores en segunda instancia (numeral 7).

7.3 Aunque de conformidad con lo resaltado en precedencia, el Acto Legislativo 01 de 2018 zanjó la discusión normativa acerca de la autoridad competente para conocer el recurso de impugnación, en un comienzo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se mantuvo en la posición de negar la procedencia de ese recurso, aduciendo la falta de desarrollo legal de la reforma constitucional[87]. Así, por ejemplo, en sentencia de casación del 14 de marzo de 2018[88], dicha Sala declaró la improcedencia «del trámite de la impugnación especial creado por el artículo 3, numeral 7º, del Acto Legislativo 01 de 2018, por cuanto el Congreso de la República no ha expedido una ley a través de la cual fije el procedimiento de la nueva figura de rango constitucional, que por sus características especiales no puede asimilarse a los recursos actualmente contenidos en los procedimientos penales vigentes en Colombia». Del mismo modo, en sentencia de casación del 23 de mayo de 2018[89], la Sala de Penal de la Corte Suprema de Justicia explicó:

«Es así como el presupuesto que echaba de menos la Corte, relacionado con la falta de competencia, se colma con el artículo 3º, numeral 2º del Acto Legislativo 01 de 2018, que modifica el artículo 35 de la Constitución Nacional, en tanto se atribuye a la Sala la competencia para conocer de la solicitud de doble conformidad frente a las sentencias condenatorias dictadas por primera vez en segunda instancia.

No obstante, no se ha superado el requerimiento relacionado con la expedición de la ley reguladora del trámite que corresponderá al ejercicio de la doble conformidad penal, razón por la cual, es inviable su ejecución a pesar de la asignación de competencia fijada en el Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó el artículo 235 de la Constitución Política.

En efecto, aún con la asignación de la nueva competencia a la Corte Suprema de Justicia, el mismo acto legislativo establece que ella estará sujeta a lo que “determine la ley”, luego, será la norma la que estipule el procedimiento a seguir en estos eventos.

Por lo demás, si se trajese, para el efecto, el trámite de la apelación de sentencias, es claro que la Corte estaría actuando como verdadero legislador, suplantando al que directamente reseña el acto legislativo pues, no se duda, esa transmutación del procedimiento a los casos de doble conformidad representa dar una vigencia que no poseen intrínsecamente a las normas de procedimiento penal.

Entonces, no le corresponde a la Sala, a partir de la competencia asignada por la Constitución, crear un procedimiento para efectivizar el ejercicio de la doble conformidad en materia penal, pues ello implicaría asumir las funciones del legislador».

En la misma oportunidad, la Sala afirmó que incluso si diera cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 235 de la Constitución –conformación de una sala compuesta por tres magistrados que no hayan participado en la decisión inicial–, era imposible adelantar el examen de la primera sentencia de condena, por cuanto aún no se encontraban regulados los términos del recurso ni el trámite como tal.

7.4 No obstante, ante la persistencia de la falta de desarrollo legal del Acto Legislativo 01 de 2018, y en razón de la urgencia de proteger el derecho a impugnar la primera sentencia inculpatória, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia implementó tres soluciones según la instancia en que se hubiese proferido la decisión objeto de reproche, es decir, según si se trataba de sentencias dictadas contra aforados constitucionales[90], de fallos inculpatórios proferidos por primera vez en casación[91] o de aquellos adoptados por primera vez en segunda instancia.

En relación con este último supuesto, en un primer momento, y con fundamento en la jurisprudencia de la Corte IDH, en la cual esa Corporación ha insistido en que «independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida»[92], la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que la exigencia de doble conformidad judicial podía garantizarse a través del recurso extraordinario de casación. Con este propósito, en los términos de esa Sala, «flexibilizó los criterios para acceder al recurso y abrió paso para que, en sede extraordinaria, se estudiara la determinación de la condena, conforme a las críticas formuladas por el impugnante»[93].

Así, en algunas oportunidades, aunque decidió inadmitir la demanda de casación, en la misma providencia analizó lo atinente a la doble conformidad judicial[94]; en otras ocasiones, si bien inadmitió la demanda, dispuso que, por tratarse de procesos adelantados bajo el rito procesal de la Ley 906 de 2004, agotado el trámite de insistencia[95], la actuación regresara a la Corte «con el propósito de garantizar el principio de doble conformidad»[96]; en otros eventos, como en el sub judice, a pesar de presentar falencias técnicas, admitió la demanda y se pronunció sobre el fondo del asunto, «atendiendo la posición jurídica del impugnante -fue condenado por primera vez en segunda instancia-»[97]; de hecho, en algunas de estas sentencias, revocó el fallo de segunda instancia y absolvió al procesado[98].

No obstante, posteriormente, en sesión de la Sala Plena del 3 de abril de 2019, y con el objetivo de dar cumplimiento a una orden de tutela adoptada por su homóloga civil, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció las siguientes «medidas provisionales» orientadas a garantizar, «dentro del marco procesal de la casación»[99], el recurso de impugnación especial -como lo ha llamado dicha Sala- o, lo que es lo mismo, el derecho a impugnar la primera condena proferida en segunda instancia por los tribunales superiores:

«(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

(ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.

(iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.

(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.

(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso –en 600 de 2000 o 906 de 2004–, para el recurso de casación.

(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.

(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.

(viii) Si se inadmite la demanda y –tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004– el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.

(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría –según sea Ley 906 o Ley 600–, procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.

(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación.

Ello porque ese fallo correspondiente se asimila a una decisión de segunda instancia y, tal como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe casación (cfr., entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 1996, rad. 9579).

(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el

principio de doble conformidad».

7.5 Conforme a lo expuesto, se concluye que si bien la falta de desarrollo legal del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria persiste, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha avanzado hacia su protección. Para el efecto, y puntualmente en los casos en que el primer fallo incriminatorio es adoptado por los tribunales superiores, dicha Sala ha empleado el recurso extraordinario de casación. Así, en un comienzo, la Sala flexibilizó las barreras que por mandato legal y de ordinario tiene la casación, de suerte que en varias oportunidades, no solo decidió la demanda como tal, sino que, además, se pronunció sobre el fondo del asunto y analizó la responsabilidad del condenado; y más recientemente, optó por definir «medidas provisionales» orientadas a habilitar el ejercicio de este derecho, las cuales, en todo caso, son aplicables «dentro del marco procesal de la casación».

7.6 Ahora bien, aunque en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, más específicamente en la Sentencia C-792 de 2014, la Corte Constitucional concluyó que el recurso de casación no es idóneo para satisfacer las exigencias sustanciales del derecho a la doble conformidad judicial, nada se opone a que ante la inactividad del legislador en el desarrollo del aludido derecho, de manera transitoria, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia viabilice su ejercicio con los medios que tiene a su alcance, como en un comienzo lo hizo al emplear la casación con este propósito adicional, o después mediante el trámite del recurso de impugnación especial, con los términos y las pautas generales del recurso de apelación.

Este es un remedio judicial que, aunque no es óptimo, si cumple materialmente las condiciones sustanciales definidas por esta Corporación en la citada sentencia –(i) análisis de la controversia jurídica que subyace al fallo judicial cuestionado, más allá de las causales de casación y de la sentencia recurrida, y (ii) revisión del fallo por una autoridad judicial distinta de la que impuso la condena– resulta respetuoso del valor normativo y vinculante de la mencionada reforma constitucional y de la comprensión de la Constitución como norma jurídica con eficacia directa (artículo 4 superior)[100]. Si bien es lógico que el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria esté sometido a las etapas, formas y términos que dispongan la Constitución y la ley, de estas exigencias no se sigue que la falta de desarrollo legislativo de tal derecho constitucional pueda ser invocada para negar su

exigibilidad. Como bien lo indicó esta Corporación en la sentencia T-970 de 2014, «la garantía y efectividad de los derechos no depende exclusivamente de la voluntad del legislador. Sin duda es un actor muy importante en la protección de los derechos fundamentales, pero la Constitución, siendo norma de normas, es una norma jurídica que incide directamente en la vida jurídica de los habitantes y se debe utilizar, además, para solucionar casos concretos»[101].

De este modo, es claro que, no solo los jueces de tutela, sino también los jueces y magistrados de la jurisdicción penal, según las circunstancias específicas del asunto puesto a su consideración y los otros derechos fundamentales o intereses constitucionales en conflicto, están llamados a garantizar, en el ámbito de sus competencias, la mayor realización posible del derecho a impugnar el primer fallo inculpatario[102]. Así lo anotó este Tribunal en el numeral tercero de la parte resolutive de la Sentencia SU-215 de 2016, al referirse al ejercicio del derecho a la doble conformidad judicial respecto de la condena emitida por primera vez en casación: «la Corte Suprema de Justicia, dentro de sus competencias, o en su defecto el juez constitucional, atenderá a las circunstancias de cada caso para definir la forma de garantizar el derecho constitucional a impugnar la sentencia condenatoria impuesta por primera vez por su Sala de Casación Penal»[103].

8. El principio de congruencia entre la sentencia y la resolución de acusación en el marco procesal de la Ley 600 de 2000

De otro lado, en opinión del accionante, la sentencia dictada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual resolvió no casar el fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, que revocó la decisión absolutoria de primera instancia y lo condenó a una pena privativa de la libertad de 120 meses y al pago de una multa de tres mil millones de pesos, incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000. Esta norma establece el procedimiento que, a su juicio, el juez plural debió adelantar para variar la calificación jurídica de interviniente a cómplice del delito de peculado por apropiación a favor de terceros. Al respecto, afirmó que la Corte Suprema de Justicia se equivocó al considerar acertado el cambio de imputación en segunda instancia, pues en su caso tal decisión no constituyó una disminución de la gravedad de los cargos –como lo exige la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal para que el cambio no vulnere el principio de congruencia–, sino

que, por el contrario, la nueva acusación permitió su condena. Todo lo anterior, sin que previamente se le haya permitido defenderse del cambio de acusación.

Procede la Sala Plena de la Corte Constitucional a estudiar este argumento a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación y de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

8.1 Jurisprudencia de la Corte Constitucional

8.1.1 La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la importancia del principio de congruencia en materia penal[104]. Sobre el particular, ha sostenido que tal principio se encuentra reconocido en los artículos 29 y 31 superiores, así como en los artículos 8.2 (literales b y c) de la CADH[105] y 14.3 (literales a y b) el PIDCP[106], y que forma parte integral del derecho de defensa, pues representa un límite a la competencia de las autoridades judiciales para decidir. Este principio se expresa en la necesaria coherencia o correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia, por lo que la acusación cumple dos funciones (i) constituye el punto de partida para que el sindicado edifique su estrategia de defensa y construya su propia valoración jurídica de los hechos y (ii) es el marco fáctico y jurídico dentro del cual el juez debe resolver el caso. En este sentido, ha dicho la Corte, «no se trata de una simple directriz, llamada a dotar de una mayor racionalidad y coherencia al trámite procesal en sus diversas etapas, sino de una garantía judicial esencial para el procesado»[107].

Sin embargo, esta Corporación ha destacado que la jurisprudencia de los organismos mundial y regional de derechos humanos han convalidado la posibilidad de que el órgano acusador o el fallador puedan variar la calificación jurídica de los hechos, «sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación»[108] (negrilla fuera del texto).

Igualmente, siguiendo esta línea, también ha precisado que el ordenamiento jurídico colombiano ha previsto de tiempo atrás y en los diferentes estatutos procesales el carácter provisional de la calificación jurídica, lo que supone que bajo determinadas condiciones la Fiscalía y los jueces de instancia pueden proceder a su variación.

8.1.1.1 Así, bajo la vigencia del Decreto Ley 2700 de 1991[109], este Tribunal declaró la exequibilidad del carácter provisional de la calificación jurídica de la conducta contenida en la resolución de acusación en la etapa de instrucción, al considerar que aquel no impide el ejercicio del derecho de defensa, por cuanto no puede entenderse que esta «resida en su certidumbre acerca de que la administración de justicia permanezca en el error»[110]. Además, porque la provisionalidad de la imputación también protege la presunción de inocencia, la cual solo se desvirtúa con la sentencia condenatoria[111]. En todo caso, al establecer que el recurso de casación «es el instrumento idóneo con el que cuenta el interesado para resolver la falta de consonancia entre la acusación y la sentencia»[112], la Sala Plena advirtió que de acuerdo con la norma objeto de control constitucional el cambio en la imputación jurídica está sometido a tres reglas[113]: (i) el enjuiciado debe conocer antes de la sentencia el fundamento de la acusación, toda vez que «Esta garantía es la consonancia que se predica entre la acusación y la sentencia»; (ii) las modificaciones que se introduzcan a la acusación no pueden ser de tal naturaleza que rompan la coherencia entre la acusación y la sentencia; y (iii) al procesado «no se le puede sorprender con hechos nuevos sobre los cuales no tenga oportunidad de defenderse» (negrilla fuera del texto).

8.1.1.2 De similar manera, ya en vigencia del sistema penal acusatorio estatuido mediante la Ley 906 de 2004[114], la Corte ha sostenido que el principio de congruencia se extiende al vínculo existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, razón por la cual en esta última no se pueden incorporar hechos nuevos o no imputados previamente al procesado[115]. Al respecto, la Corte ha explicado que esto no significa que la valoración jurídica de los hechos entre la imputación de cargos y la acusación deba permanecer inamovible, pues la intensidad que presenta el principio de congruencia entre estos dos momentos es menor que aquella que une la acusación y la sentencia[116]. Así mismo, ha afirmado que «el fallo es un acto jurídico complejo conformado por dos momentos procesales, el del anuncio del sentido del fallo y el texto definitivo de la sentencia, que deben guardar congruencia entre sí»[117].

8.1.1.3 Ahora bien, en lo que concierne a la solución del presente caso, el inciso 1 del artículo 404 de la Ley 600 de 2000 también dispone la naturaleza provisional de la calificación jurídica de la conducta punible, por lo que es viable su modificación por el fiscal o el juez «por error en la calificación o prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de

una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos» (negrilla fuera del texto).

Al respecto, en la Sentencia C-620 de 2001, la Corte estableció que durante la etapa de juzgamiento, el juez puede modificar parcial o totalmente la calificación jurídica si, luego de analizar el acervo probatorio, encuentra que la acusación realmente no corresponde a la conducta llevada a cabo por el procesado[118]. Desde esta perspectiva, la posibilidad de cambiar la calificación jurídica obedece a la necesidad de que el juez, como director del proceso, pueda corregir los errores que se cometan en el transcurso del mismo, pues son fines de todo proceso penal el esclarecimiento de los hechos, la búsqueda de la verdad y la justicia material.

Frente al mismo artículo, en la Sentencia C-1288 de 2001, la Sala Plena sostuvo que lo verdaderamente trascendental, para efectos de la protección del derecho de defensa, «no es que la acusación se mantenga incólume, sino que ante la variación de la acusación el encartado también pueda modificar su estrategia defensiva, y que igualmente se le respete el derecho de contradecir los hechos nuevos, además de que se tengan en cuenta los propios» (negrilla fuera del texto). Sobre este punto, en la Sentencia C-199 de 2002, la Corte aclaró que el límite natural a la modificación de la calificación de la conducta punible está en la «imposibilidad en que se encuentra el juzgador de introducir hechos nuevos en el momento de variar la calificación provisional» (negrilla fuera del texto), por cuanto tal actuación constituiría una nueva acusación[119]. Por el contrario, dijo la Sala, las circunstancias en que se cometió el comportamiento sí pueden ser objeto de modificación, por cualquiera de las causas que la misma norma prevé.

En similar sentido, y en relación con la oportunidad procesal para variar la calificación jurídica por parte del fiscal o del juez, en la citada Sentencia C-199 de 2002, este Tribunal indicó que, al tenor del ya mencionado artículo 404 de la Ley 600 de 2000, por regla general el cambio debe tener lugar en la audiencia pública de juzgamiento. Explicó la Corte que el numeral primero de la norma precisa que en el evento en que el fiscal sea quien advierta la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, procederá a variarla y así se lo hará saber al juez en su intervención durante dicha audiencia; finalizado lo anterior, se correrá traslado a los demás sujetos procesales, quienes podrán solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las

pruebas necesarias. No obstante, si es el juez quien advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia, limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica que estime procedente y sin que ella implique valoración alguna de responsabilidad.

Dado que tanto el fiscal como el juez pueden modificar la imputación y que pueden existir divergencias entre los dos funcionarios, si el juez persiste en su posición, «prevalece el criterio del juez, con fundamento en el principio constitucional de prevalencia del derecho material sobre el instrumental, que encuentra desarrollo en la obligación que tiene el juez de adoptar medidas -vg. el cambio de adecuación- que eviten fallos absolutorios por razones de forma»[120]. En todo caso, «Si el juez ejerce esta facultad de señalar una nueva calificación de la conducta, debe darse a los sujetos procesales la oportunidad de controvertir tal variación, corriéndoles el traslado respectivo y dándoles la oportunidad de solicitar la suspensión de la audiencia y la práctica de nuevas pruebas»[121], tal y como lo regula el numeral primero del artículo ejusdem. Para la garantía del derecho de defensa, el cambio en la calificación jurídica por el juez o del fiscal en la audiencia se considera parte integral de la acusación, de suerte que este acto complejo será el punto de referencia de la congruencia entre la sentencia y la acusación.

8.1.2 Ahora bien, en materia de revisión de sentencias de tutela[122], hasta la fecha la Corte no se ha ocupado de un caso de las características que presenta el sub judice, es decir, un proceso penal tramitado por la Ley 600 de 2000, en el que luego de la absolución de primera instancia bajo un determinado título de imputación, el juez plural hubiese optado por cambiar la calificación jurídica en la sentencia y dictado fallo condenatorio.

En todo caso, resulta relevante mencionar que la Corte ha considerado que el recurso extraordinario de casación es el mecanismo idóneo para cuestionar la falta de congruencia entre la sentencia y la acusación, incluso si el accionante se encuentra privado de la libertad[123]. Igualmente, luego de encontrar acreditados los requisitos de procedibilidad de la acción, ha negado el amparo de los derechos fundamentales invocados, al constatar, en unos casos, que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el juez se encontraba facultado para variar la calificación jurídica de la conducta punible[124] y, en otros, que la sentencia sí guardaba coherencia con la resolución de acusación[125].

Así, por ejemplo, resulta de especial interés la Sentencia T-480 de 2006, en la cual la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional estudió la acción de tutela interpuesta por dos personas condenadas en primera instancia por el delito de concusión a 90 meses de prisión y, en virtud del recurso de apelación incoado contra esta decisión, en segunda instancia por el delito de cohecho propio a 64 meses de prisión. En opinión del accionante, para la modificación de la calificación jurídica, el fallador de segunda instancia debió haber adelantado el trámite del artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

La Sala confirmó la sentencia de tutela que negó el amparo solicitado, en atención a que, conforme a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el juez de segunda instancia puede variar la calificación jurídica presente en la condena, siempre y cuando respete (i) el núcleo central de la imputación fáctica y (ii) el principio de la no reformatio in pejus (artículo 31 superior), pudiendo condenar atenuadamente.

En similar sentido, en la Sentencia T-1038 de 2012[126], la Sala Segunda de Revisión analizó el caso de dos personas a quienes por el trámite establecido en la Ley 600 de 2000 se acusó inicialmente por el delito de peculado por apropiación, y luego, por virtud del cambio en la calificación jurídica, se les acusó del delito de estafa agravada. En primera instancia se les condenó por esta conducta, pero apelado el caso, el juez de segunda instancia decidió regresar a la tipificación de peculado por apropiación, cuestión que para los accionantes generó la violación del principio de congruencia entre la acusación y la sentencia y, por tanto, sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

Sin embargo, la Corte negó el amparo de los derechos invocados, por considerar que, al tenor de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y por ser la acusación un acto complejo, el juez respeta la congruencia si condena con base en (i) la resolución de acusación; o (ii) la variación formulada por el fiscal o (iii) por el propio juez en la audiencia pública de juzgamiento o (iv) por una conducta atenuada, es decir, menos grave. En el caso del juez, «por la razón de que si puede absolver, también puede atemperar, siempre y cuando se respete el núcleo básico de la conducta imputada». De este modo, al comprobar que el juez de segunda instancia estaba facultado para dictar sentencia con base en lo expuesto en la resolución de acusación inicial o en la variación efectuada en audiencia por el fiscal, la Corte concluyó que la sentencia objeto de reproche no incurrió en un defecto sustantivo ni procedimental, así como tampoco en un exceso de

ritual manifiesto.

Así mismo, en la Sentencia T-309 de 2014[127], la Sala Novena de Revisión conoció la acción de tutela instaurada por un señor condenado bajo la Ley 906 de 2004 a ocho años de prisión por el delito de acto sexual abusivo agravado en concurso homogéneo y sucesivo respecto de sus dos hijas menores, mediante sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, la cual revocó el fallo absolutorio del primera instancia. Contra esta decisión, el actor interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue inadmitido por falencias técnicas. A su juicio, la sentencia de segunda instancia había vulnerado el principio de congruencia, pues la condena se sustentó en hechos no mencionados en la formulación de imputación ni en el escrito de acusación, providencias que se remitieron a hechos ocurridos en la única oportunidad en la que el acusado vio a las menores luego de haber abandonado a sus hijas.

Esta Corporación revocó la sentencia que concedió la protección constitucional solicitada, en razón de que, a diferencia de lo sostenido por la parte actora, el escrito de acusación no se refería a hechos acaecidos en una fecha cierta, sino a abusos en general cometidos por el imputado respecto de sus hijas. Además, la Sala resaltó que durante el trámite del proceso, se hizo clara alusión a actos sexuales homogéneos y sucesivos, lo que supone que el delito se cometió varias veces.

En suma, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación tanto en sede de constitucionalidad como de tutela, la variación de la calificación jurídica por parte del juez, bajo los parámetros procesales de la Ley 600 de 2000, debe atender las siguientes reglas: (i) bajo ninguna circunstancia, el juez puede introducir hechos adicionales o diferentes que sustituyan la calificación inicial, esto es, el núcleo básico de la imputación fáctica, o vulnerar el principio de la no reformatio in pejus; (ii) el juez respeta la congruencia si condena con base en la resolución de acusación, la variación formulada por el fiscal o por él mismo en la audiencia pública de juzgamiento –cuando existan discrepancias con el fiscal–, o en una conducta atenuada en la sentencia; y (ii) lo fundamental, para efectos de la protección del derecho de defensa, es que ante la variación de la acusación en la audiencia de juzgamiento, el procesado también pueda modificar su estrategia defensiva.

8.2 Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

La Sala Plena de la Corte Constitucional encuentra que, en el mismo sentido de su jurisprudencia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la congruencia constituye una garantía del derecho de defensa[128]. Esta implica que la sentencia debe guardar armonía con la resolución de acusación en los aspectos personal, fáctico y jurídico. El primero se refiere a la identidad necesaria que debe existir entre los sujetos acusados y los indicados en el fallo; el segundo, a la coincidencia entre los hechos contenidos en la acusación y los juzgados en la sentencia; y el tercero, a la correspondencia entre la calificación jurídica dada a la conducta punible en la resolución de acusación y la consignada en la decisión[129].

Mientras la congruencia personal y fáctica deben ser absolutas, la jurídica es relativa «porque el juez puede condenar por una conducta punible diferente a la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando no agrave la situación del procesado con una pena mayor»[130]. Lo anterior es así porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, de tiempo atrás, ha reconocido que en el fondo, lo que busca la garantía de la congruencia es que el proceso transcurra «alrededor de un eje conceptual fáctico – jurídico que le sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como atadura irreductible»[131].

Con la instauración en el ordenamiento jurídico del instituto de la variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible en la etapa de juzgamiento mediante el artículo 404 de la Ley 600 de 2000[132], en el auto del 14 de febrero de 2002 (radicado 18.457), la Corte Suprema de Justicia fijó las siguientes reglas con sujeción a las cuales se puede variar la imputación jurídica contenida en la resolución de acusación, sin lesionar el principio de congruencia[133]:

1. Se puede cambiar la imputación jurídica de la conducta, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el acto, pero no el hecho como tal, es decir, «el comportamiento, naturalísticamente considerado, como acto humano, como acontecer real, no puede ser trocado». Este último constituye el «núcleo esencial de la imputación» y goza de «intangibilidad».
2. La modificación de la adecuación típica de la conducta se puede hacer dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni a la naturaleza del bien jurídico tutelado[134].

3. Se puede hacer no solo como consecuencia de prueba sobreviniente, sino antecedente, pues el artículo 404 prevé que el cambio también puede hacerse «por error en la calificación»[135].

4. El trámite previsto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 solo es procedente si la modificación hace más gravosa la situación del procesado. De este modo, «si el fiscal estima que el acusado debe ser condenado, pero por una especie delictiva menos grave o que se le debe reconocer una circunstancia específica de atenuación o, en general, que se le debe aminorar la responsabilidad, así lo debe alegar y no proceder a modificar la calificación a su favor». Igualmente, sin adelantar el trámite aludido, el juez podrá degradar la responsabilidad en la sentencia, «por la elemental razón de que si puede absolver, puede atenuar». En consecuencia, sin que pueda ser entendido como desconocimiento del principio de congruencia, podrá (i) condenar por un delito de menor gravedad, (ii) reconocer una circunstancia de atenuación punitiva o (iii) condenar al inculpado con un grado de participación diferente al señalado en la resolución de acusación, cuando el nuevo título de imputación no le sea más oneroso (por ejemplo, de coautor a cómplice). Todo lo anterior, siempre y cuando se respete la «intangibilidad del núcleo esencial de la imputación fáctica» (regla 1).

5. El cambio lo puede hacer el fiscal por iniciativa propia o a petición del juez, pues aquel, en la etapa de juzgamiento, continúa con la función acusadora.

6. Si el juez es quien advierte la necesidad de cambiar la calificación, debe seguir las siguientes reglas: (i) «Debe manifestarlo en el momento de la intervención del fiscal en la audiencia, ya que la mutación solo se puede hacer en esta precisa oportunidad procesal y por una vez»; (ii) «Debe expresar los motivos por los que estima que debe ser modificada»; (iii) «No implica valoración alguna de la responsabilidad»; y (iv) «si el fiscal admite que hay necesidad de reformarla, procederá a hacerlo. Si no, deberá expresar las razones para oponerse. Pero, de todos modos, expuesto el criterio del juez, este será considerado como materia del debate y de la sentencia, para efectos de la consonancia entre esta y la acusación, debiendo el juez instruir a los sujetos procesales al respecto».

7. La variación hecha por el fiscal o la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo no son providencias o actos decisorios, por lo que no son recurribles; son simples posiciones

jurídicas que deben ser conocidas por las partes para que puedan debatirlas.

8. La audiencia pública es la oportunidad procesal para cambiar la calificación jurídica, porque solo en este punto es que se cuenta con todos los elementos de juicio para determinar si la imputación inicial es la adecuada o no. Así, con la mutación de la calificación o con la oposición del fiscal a la manifestación del juez sobre la exigencia de que ello ocurra, corresponde correr traslado a los sujetos procesales, particularmente a la defensa, para que puedan solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de nuevas pruebas.

9. La calificación jurídica solo se puede cambiar una vez, «pues debe llegar un momento en que la imputación devenga en definitiva e intangible, en guarda del derecho de defensa, de la lealtad procesal, del orden del proceso y del principio de preclusión».

10. La resolución de acusación, su modificación por el fiscal del caso y la manifestación del juez en la audiencia acerca de la necesidad de modificarla no se excluyen para efectos de verificar la congruencia, de suerte que la sentencia puede estar en consonancia con cualquiera de ellas. Por ende, «habrá congruencia si al condenar, la conducta se califica con la denominación jurídica que se le dio en la resolución de acusación, o en la variación, o por la propuesta por el juez como objeto de debate y no admitida por el fiscal, o por una figura atenuada con relación a ellas».

Ahora bien, la facultad del juez de cambiar en la sentencia la calificación jurídica de la conducta punible cuando con ello se disminuya la responsabilidad del acusado (regla 4) ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades[136]. Así, por ejemplo, en auto del 2 de diciembre de 2008 (radicado 30.446), la Sala explicó:

«El estatuto procesal penal del 2000 despojó a la resolución acusatoria de aquella connotación tradicional de “ley del proceso”, entendiendo por esta el acto invariable, intocable en el juzgamiento, respecto de la conducta. Y le restó esa característica sencillamente porque de manera expresa autoriza varias oportunidades que permiten su variación[137].

Es claro, entonces, que la providencia que califica un sumario con acusación ya no es “ley”

inmodificable para el juicio. Constituye solamente un objeto más de ese posible acto complejo que es la “acusación”, conformado -cuando es del caso- por esa resolución y por las diversas situaciones que se presentan en el incidente de variación de la calificación jurídica[138]».

En similar sentido, y en cuanto a la oportunidad procesal para variar la calificación jurídica de la conducta, en sentencia del 16 de marzo de 2016 (radicación 44.288)[139], la Sala de Casación Penal expuso:

«Esa posibilidad de introducir variaciones a la imputación jurídica contenida en la acusación puede concretarse a través de dos mecanismos: uno, el procedimiento contemplado en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000 que permite hacerlo una vez concluida la práctica de las pruebas en la audiencia pública de juzgamiento a iniciativa del fiscal o del juez, y, dos, mediante la facultad de este último para degradar en la sentencia la entidad jurídica de los hechos materia de acusación» (negrilla fuera del texto).

En lo que atañe al presente caso, resultan de interés las providencias en las que dicha Sala, en virtud de la formulación de un recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, ha examinado si tal determinación por parte del juez plural vulnera el principio de congruencia, cuando el procesado ha sido absuelto en primera instancia respecto de una imputación, pero condenado en segunda con fundamento en el cambio de la calificación jurídica en la sentencia.

Al respecto, justamente en la última sentencia citada[140], la Corte conoció del recurso de casación impetrado por tres personas, dos de ellas absueltas en primera instancia como presuntos coautores del delito de homicidio en persona protegida y luego condenados en segunda instancia como coautores del delito de favorecimiento. En criterio de los demandantes, la sentencia de segundo grado vulneró su derecho de defensa, pues no tuvieron la oportunidad de defenderse de la nueva acusación, así como el principio de congruencia, como resultado de la falta de aplicación del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, que, como ya se sabe, regula el procedimiento para cambiar la calificación jurídica en la audiencia de juzgamiento.

La Sala decidió no casar la sentencia, al comprobar que si bien se produjo un cambio en la calificación jurídica, los hechos que sustentaron la resolución de acusación y que

permitieron la condena en segunda instancia eran básicamente los mismos, de suerte que «por lo menos en términos generales, sin duda alguna puede sostenerse que en los hitos del proceso se sostuvo el mismo fundamento fáctico». Agregó que, en todo caso, las variaciones en el recuento histórico que hizo la sentencia inculpatória «fueron meramente accidentales», en la medida en que no cambiaron las conductas penalmente relevantes de los procesados. En este sentido, reiteró que lo fundamental, de acuerdo con la jurisprudencia, «es establecer si se condenó a una persona por sucesos respecto de los cuales tuvo oportunidad de defensa», situación que aconteció en este caso.

De este modo, la Corte Suprema de Justicia concluyó:

«Entonces, si los presupuestos fácticos de la sentencia condenatoria estaban incluidos en la resolución de acusación como hechos jurídicamente relevantes, lo cierto es que durante la etapa de juicio se garantizó a los procesados la efectiva oportunidad de su controversia.

(...)

De esa manera, es claro que los sindicatos conocieron desde su vinculación al proceso que los hechos por los cuales se les investigaba se referían a haber ocasionado la muerte de (...) y luego encubirla. Esa imputación fáctica fue ratificada en la resolución de acusación siendo efectivamente controvertida por aquéllos en el juicio no sólo mediante el ejercicio de la defensa técnica sino, inclusive, de la material. Por todo ello, forzoso es concluir que [los procesados] fueron condenados por hechos suficientemente conocidos y controvertidos por ellos, lo cual descarta la denunciada indefensión.

Así las cosas, la decisión del Tribunal Superior de Antioquia consistente en condenar a [los procesados] por un delito evidentemente menos grave que el de homicidio en persona protegida por el cual se les acusó, sin discusión alguna, es legal aun cuando no se haya surtido el trámite de variación de la calificación jurídica provisional».

En otro caso de similares características –personas absueltas en primera instancia por el delito de concusión en calidad de cómplices y condenadas en segunda instancia por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto en calidad de autores–[141], la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia analizó una demanda de casación instaurada bajo el argumento de que la sentencia de segundo grado se produjo por un delito distinto a

aquel por el cual se formuló la resolución de acusación y en un grado de participación diferente.

Dicha Corporación decidió negar parcialmente las pretensiones de la demanda, luego de reiterar que el principio de congruencia se vulnera únicamente cuando el juez «agrava la responsabilidad del acusado, ya sea porque adiciona hechos nuevos, suprime causales de atenuación reconocidas en la acusación o incluye agravantes, o modifica desfavorablemente el grado de participación atribuido en ella», pero no cuando se cambia el delito por otro de diferente especie. Lo anterior, al constatar que (i) el punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto es de menor entidad al de concusión, atribuido en la acusación; (ii) los hechos por los cuales los procesados fueron condenados en segunda instancia están «en perfecta armonía con los hechos jurídicamente relevantes identificados por la Fiscalía»; y (iii) los acusados orientaron su estrategia probatoria y defensiva a rebatir esos hechos. No obstante, casó parcialmente la sentencia, toda vez que los encartados fueron llamados a juicio como cómplices y el ad quem los declaró penalmente responsables en calidad de coautores, «proceder que, sin duda, terminó desfavoreciéndolos punitivamente».

Así mismo, mediante sentencia de 11 de abril de 2018[142], la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación formulado contra un fallo adoptado por el Tribunal Superior de Manizales, que revocó la sentencia absolutoria dictada en primera instancia. El demandante había sido acusado y absuelto en primera instancia por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y condenado en segunda instancia por el reato de tráfico de estupefacientes en la modalidad de «conservar con fines de venta». En el mismo sentido de los casos descritos anteriormente, la Sala decidió no casar la sentencia cuestionada, por considerar que no hubo un cambio en la imputación fáctica.

8.3 En suma, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la calificación jurídica de la conducta imputada, contenida en la resolución de acusación, se puede variar mediante (i) el procedimiento descrito en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, es decir, en la audiencia pública de juzgamiento, a iniciativa del juez o el fiscal, o (ii) en la sentencia. En ambos casos, bajo ninguna circunstancia, ni el juez ni el fiscal pueden alterar o sustituir el núcleo esencial de la imputación fáctica, es decir, el acto humano como tal, objeto de investigación. Este límite

es, en últimas, el punto que determina la congruencia de la decisión de fondo y permite salvaguardar el derecho de defensa, en la medida en que los hechos materia de averiguación son los que definen la estrategia probatoria y defensiva del procesado. Ahora bien, si el juez modifica la imputación jurídica en la sentencia, además del límite descrito, su decisión no puede agravar la situación jurídica del acusado. Esto significa que no puede condenar por un delito de mayor gravedad, reconocer una circunstancia de agravación punitiva o condenar por un grado de participación que resulte más gravoso (por ejemplo, de cómplice a coautor).

Para terminar, es preciso resaltar que la postura de la Corte Suprema de Justicia sobre el último límite de la variación de la calificación jurídica descrito en precedencia coincide con el criterio de la Corte Constitucional y la jurisprudencia de la Corte IDH. En efecto, según se explicó a lo largo de este acápite, para las tres corporaciones al juez le está vedado introducir hechos adicionales o diferentes que sustituyan la calificación inicial, esto es, el núcleo básico de la imputación fáctica, pues es sobre aquellos que el procesado erige su defensa y, por tanto, ejerce su derecho de contradicción a lo largo del proceso. Además, tanto para este Tribunal como para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el juez de segunda instancia tampoco puede franquear el principio de la no reformatio in pejus, de manera que, al variar la calificación jurídica de la conducta imputada, no puede agravar la situación del condenado.

9. Estudio del caso concreto

Corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional determinar si la sentencia emitida en sede de casación el 29 de agosto de 2018 por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia vulneró los derechos fundamentales del señor Édgar Antonio Ahumada Sabogal al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia. Lo anterior, en la medida en que, en los términos del accionante, (i) no satisfizo los estándares de protección del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria desarrollados por esta Corporación en la Sentencia C-792 de 2014, y (ii) se equivocó al considerar acertada la variación de la calificación jurídica de la conducta, bajo el argumento de que ello es admisible cuando el nuevo título de imputación no le sea más gravoso al procesado.

Con fundamento en las consideraciones generales que anteceden este apartado, pasa la

Corte a resolver cada uno de los problemas jurídicos planteados.

9.1 La sentencia de casación adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sí satisface las exigencias definidas en la Sentencia C-792 de 2014

9.1.1 En el fundamento jurídico n.º 6 de esta providencia, se explicó que en concordancia con lo dicho por esta Corporación en la Sentencia C-792 de 2014, el derecho fundamental a impugnar la primera sentencia condenatoria exige la existencia en el ordenamiento jurídico de un recurso que permita, primero, atacar todo fallo penal condenatorio, al margen del número de instancias que tenga el proceso; segundo, cuestionar todos los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos de la sentencia o, en otras palabras, realizar un examen integral de la decisión recurrida; y, tercero, controvertir la decisión ante una autoridad judicial distinta de la que impuso la condena. El segundo elemento mencionado requiere, a su vez, que el juez cuente con amplias facultades para efectuar una revisión completa, amplia y exhaustiva del fallo; así mismo, que el recurso permita analizar principalmente la controversia sobre la cual se pronunció el fallo judicial y, solo secundariamente, la providencia condenatoria como tal; y finalmente, que el mismo no esté sujeto a un conjunto cerrado de causales de procedencia establecidas previamente por el legislador.

También se precisó que, en términos abstractos, el recurso extraordinario de casación no satisface los estándares de protección indicados en precedencia, esencialmente porque no recae sobre la controversia que da lugar al proceso judicial, sino sobre la providencia recurrida, y porque el juez no tiene plenas potestades para revisar integralmente el fallo, por cuanto su análisis está limitado por las causales establecidas en el derecho positivo.

Sin embargo, en el mismo apartado y en el siguiente, se aclaró que, ante la falta de desarrollo legal del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria y en razón de la urgencia de proteger el derecho constitucional a impugnar la primera sentencia inculpatória, la Corte Suprema de Justicia resolvió, en un primer momento, garantizar la exigencia de doble conformidad judicial a través del recurso extraordinario de casación, esto es, en la misma sentencia que resolvía el recurso. Por ello, se afirmó que en el caso concreto, es deber del juez constitucional examinar, primordialmente, si más allá del examen de la sentencia impugnada y del estudio de las causales de casación alegadas, la Sala de Casación Penal analizó la controversia jurídica que subyace al fallo judicial

cuestionado y si la sentencia recurrida fue revisada por una autoridad judicial distinta de la que impuso la condena. Al respecto, se sostuvo que este es un remedio judicial que, aunque no es óptimo, si cumple materialmente las condiciones sustanciales ya anotadas, resulta respetuoso del valor normativo y vinculante de la mencionada reforma constitucional y de la comprensión de la Constitución como norma jurídica con eficacia directa.

9.1.2 Como pasa a demostrarse, la sentencia adoptada el 29 de agosto de 2018 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sí satisface las exigencias indicadas anteriormente.

9.1.2.1 La Sala encuentra que la controversia sustancial del proceso penal adelantado contra el accionante giró en torno a estos dos problemas jurídicos: (i) si en el marco del negocio jurídico celebrado entre la Alcaldía de Villavicencio y la banca de inversión VIMESA S.A., la conducta del procesado se ciñó a lo dispuesto en el contrato de corretaje que suscribió con la mencionada sociedad, y (ii) si el señor Ahumada tuvo el dominio del hecho o si, por el contrario, solo actuó como colaborador del delito cometido por otros o si de ninguna manera participó en la realización de la conducta antijurídica.

De lo anterior dan cuenta, en lo que corresponde, la resolución de acusación formulada por la Fiscalía, las sentencias de instancia y los alegatos de la defensa.

En efecto, en la calificación del mérito sumarial, el ente acusador aseguró que el señor Ahumada desbordó el objeto del contrato de corretaje celebrado con VIMESA S.A., pues su actuación no se contrajo a poner en contacto a los inversionistas con esa sociedad, tal y como este lo estipulaba. Al respecto, destacó que el accionante realizó los trámites para que se suscribieran las ofertas de cesión de derechos de beneficio, obtuvo los certificados de depósito, estuvo atento a la fecha en que se cumplían las renovaciones con el fin de solicitar la comisión y pactó los rendimientos financieros con los servidores públicos implicados. Por ello, estimó que «el comportamiento del sindicado fue necesario para la estructuración del delito, en tanto que, sin su intermediación o la de otros agentes comerciales, seguramente la Alcaldía no habría realizado o [no se habría] enterado de esta clase de inversiones».

En la orilla opuesta, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio consideró que la actividad del actor se sustentó en el contrato de corretaje suscrito con VIMESA S.A. y que

las comisiones recibidas por el actor, las cuales, a su juicio, están amparadas por el ordenamiento jurídico vigente, no son prueba de la ilicitud de su conducta. Sobre el particular, precisó que la inversión en el patrimonio autónomo de los excedentes de liquidez de recursos de regalías y del Sistema General de Participaciones es una conducta que debe ser reprochada únicamente a los tesoreros de la Alcaldía de Villavicencio, por ser garantes de las finanzas del ente territorial, y que la pérdida del dinero por el inadecuado manejo del patrimonio autónomo no es responsabilidad de los intermediarios financieros.

En la sentencia, el Juzgado advirtió que el apoderado del procesado pidió la absolución de este con fundamento en que las afirmaciones de la Fiscalía se desvirtuaban con «las pruebas recaudadas dentro del proceso, donde con claridad se estableció que la conducta desplegada por su prohijado se circunscribió en todos los aspectos a lo establecido en el contrato de corretaje». En este, «adquirió la obligación legal de prestar a VIMESA S.A. servicios profesionales independientes de intermediación, orientados a la consecución de inversionistas públicos y privados para vincularlos a las operaciones que llegaren a derivar de patrimonios autónomos constituidos, por los cuales estaba facultado para recibir comisiones». Adicionalmente, «no existe (...) prueba alguna que indique el señor Ahumada Sabogal tuvo injerencia respecto de la administración de los recursos propios [del] patrimonio autónomo».

Por su parte, la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio consideró que la conducta del actor sobrepasó la función propia del contrato aludido, al encontrar probado que prestó su concurso en la estructuración del negocio fiduciario y, con ello, en la comisión del delito contra la administración pública. Para fundamentar esta afirmación, al igual que la Fiscalía, el juez plural llamó la atención sobre, por un lado, las declaraciones de los tesoreros de la Alcaldía, las cuales, en su criterio, dan cuenta de que el trabajo del señor Ahumada fue más allá de la simple realización de las ofertas; y, por otro, sobre los vínculos de amistad que unían al actor con los funcionarios del municipio responsables de la colocación de los dineros en el patrimonio autónomo. Así, encontró demostrado que el señor Ahumada llevó a cabo diversas actividades para conseguir que finalmente los tesoreros de la Alcaldía hicieran las colocaciones y, por tanto, cooperó para la consumación del delito y la apropiación de recursos públicos por parte de terceros.

9.1.2.2 Ahora bien, en el contexto anterior y como resultado de la condena impuesta en

segunda instancia y de la negativa del Tribunal Superior de tramitar el recurso de impugnación, el actor presentó recurso extraordinario de casación. Aunque la demanda no cumplía con los requisitos formales prescritos en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, mediante auto del 1 de agosto de 2018, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la admitió a trámite, en atención a que el actor y el otro procesado recurrente –quien también fungió como intermediario financiero– fueron condenados por primera vez en segunda instancia.

9.1.2.3 En sentencia de casación el 29 de agosto de 2018, y con el objeto de decidir el recurso, en primer lugar, la Sala de Casación Penal consideró infundadas las causales alegadas por el actor –juicio viciado de nulidad y falta de consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación– contra el fallo condenatorio de segunda instancia. En segundo lugar, a pesar de que el señor Ahumada no elevó ningún cargo encaminado a defender su inocencia[143], la Sala Penal realizó, no solo un examen integral de la decisión recurrida, sino que, además, se ocupó de la controversia jurídica que suscitó el proceso penal.

De este modo, para encausar este análisis, la Sala planteó el siguiente problema jurídico: «corresponde dilucidar el alcance de las figuras jurídicas de corretaje y agencia comercial, de cara a las obligaciones impuestas en los contratos de este tipo, suscritos por (...) y Ahumada Sabogal con las firmas VIMESA y (...), así como examinar el resto de medios documentales y testimoniales concernientes al tema de prueba».

En consecuencia, abordó el alcance de los contratos de corretaje y agencia comercial a la luz de la legislación comercial y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la misma Corporación, para concluir que tanto el corredor como el agente son comerciantes independientes, actúan por cuenta de otro y la finalidad de su quehacer es gestionar intereses ajenos.

En este orden, explicó que la condena en segunda instancia fue el resultado de las siguientes circunstancias, las cuales, por su gravedad, le permitieron al ad quem establecer con certeza la responsabilidad de los intermediarios financieros:

«i) No se trató de simples ofrecimientos sino de “diversas labores para conseguir que finalmente los funcionarios públicos efectuaran las colocaciones y concluyeran las

operaciones con total éxito”. Al efecto, a partir de los testimonios de los tesoreros, se describió que los procesados se ocuparon de explicar las ventajas del negocio, llevar las propuestas, recoger las copias de las consignaciones efectuadas por el ente territorial, remitir las certificaciones de las inversiones, llevar las pruebas de las consignaciones de los rendimientos, entre otras actividades.

ii) Pago fraccionado de las comisiones a través de terceros, lo cual, en sentir del juez plural devela el conocimiento de los enjuiciados sobre la ilicitud de su comportamiento porque “quien recibe el producto de su trabajo que considera abiertamente legal no acude a estrategias de ninguna índole y menos contrarias a derecho para disfrazar los pagos que se le efectúan”.

iii) Hallazgo de papelería en blanco de la Alcaldía de Villavicencio y comprobantes de egreso del pago de comisiones –en las que aparecen las siglas de los nombres de los tesoreros–, en las oficinas de (...).

iv) Cuantioso valor de las comisiones percibidas por los enjuiciados por concepto de la intermediación.

v) Contacto con los empleados de la Alcaldía Municipal con capacidad de invertir los recursos públicos teniendo en cuenta el conocimiento de la región y sus vínculos familiares y de amistad.

vi) Participación en la estructuración del negocio fiduciario.

vii) Labor de puente entre el patrimonio autónomo y el ente territorial, a nombre de las intermediarias con las que laboran.

viii) Conocimiento y experiencia profesional de los acusados que permite “inferir que sabían del especial manejo de los recursos del Estado”».

Posteriormente, la Sala de Casación Penal aseguró que si bien algunas de las actividades realizadas se inscribieron a las gestiones propias de los contratos de intermediación comercial, otras, conforme a las pruebas recaudadas a lo largo del proceso, excedieron el marco legal de dichos contratos. Sobre esta cuestión, insistió en que no obstante la gestión de los intermediarios se debía limitar a promover el negocio, contactar futuros

inversionistas y poner en contacto a las partes del contrato para que decidieran si celebraban o no el negocio ofrecido; aquellos optaron por llevar a los tesoreros las ofertas de cesión de derechos suscritas por el representante legal de Coocafé, así como los soportes de las transferencias de dineros a la cuenta del patrimonio autónomo y los comprobantes de los rendimientos causados. Así mismo, decidieron regresar a Coocafé las referidas ofertas aceptadas por los funcionarios públicos, y, además, pactar con estos los plazos de las inversiones y los montos de las utilidades.

Agregó que para recibir las onerosísimas comisiones, los acusados acudieron a la estrategia de fraccionar los pagos, para lo cual se valieron de terceras personas. En este mismo sentido, y en cuanto a las altas tarifas de las mencionadas comisiones, la Sala de Casación Penal resaltó que las mismas alcanzaron porcentajes importantes, en la medida en que fueron el resultado de la diferencia entre un tope máximo del 22% –que se pagaba con el dinero público invertido– y el monto de los rendimientos ofrecidos al ente territorial.

Por todo lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia afirmó:

«La injerencia manifiesta de los procesados en la consolidación de las inversiones superó el más elemental interés orientado a percibir la comisión derivada de la concreción del negocio, pues, como quedó visto, desarrollaron gestiones que iban más allá del deber de promover la consecución de intermediarios y poner en contacto a las partes a efecto de que negociaran los términos del objeto contractual, lo que resulta indicativo, como lo concibió el Tribunal, de la intención de colaborar en la perpetración del delito de peculado a título de cómplices».

9.1.2.4 Visto lo anterior, la Sala Plena de esta Corporación concluye que la sentencia contra la cual se interpuso la acción de tutela de la referencia sí satisface los estándares de protección del derecho a la doble conformidad judicial fijados por la Corte en la Sentencia C-792 de 2014, toda vez que (i) hizo una revisión completa, amplia, exhaustiva e integral de la controversia jurídica que dio origen al proceso penal adelantado contra el actor, que no se limitó a la decisión condenatoria adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, ni a las causales de casación alegadas; y (ii) fue dictada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es decir, por una autoridad judicial distinta de la que impuso la condena.

En este sentido, la sentencia de casación del 29 de agosto de 2018 no incurrió en el defecto de violación directa de la Constitución, ya que, contrariamente a lo afirmado por el accionante, sí garantizó el derecho a la doble conformidad judicial reconocido en los artículos 29 de la Constitución, 14.5 del PIDCP y 8.2.h de la CADH, y desarrollado jurisprudencialmente por esta Corporación, particularmente en la Sentencia C-792 de 2014, en la medida en que dos jueces diferentes analizaron su responsabilidad en la comisión de los hechos indilgados.

Igualmente, la Sala Plena encuentra que la sentencia de casación cuestionada no presenta un defecto por falta de motivación, como lo sostiene el actor, pues, como ya se tuvo la oportunidad de demostrar, dicha decisión sí consideró y resolvió los problemas jurídicos centrales del proceso. Al respecto, se reitera que no es suficiente alegar que el juez se abstuvo de analizar una determinada cuestión. Más allá de esto, es preciso demostrar que la omisión es de tal importancia que produjo una decisión diferente a la que correspondía en derecho.

Aunque el señor Ahumada manifestó que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no analizó todas las circunstancias fácticas y jurídicas que fueron alegadas a lo largo del proceso penal, no explicó cuáles fueron los argumentos o las pruebas que la Corte Suprema de Justicia dejó de considerar para proferir un fallo absolutorio y, por tanto, no concretó esta afirmación en omisiones puntuales. Por consiguiente, el estudio propuesto por el actor resulta imposible de adelantar por la Corte en este punto.

Así mismo, la Sala Plena concluye que la aludida sentencia no incurrió en el defecto de violación del precedente constitucional, específicamente del contenido en la Sentencia SU-215 de 2016, porque como se explicó en el fundamento jurídico n.º 6.1 de esta providencia, dicha sentencia se refiere al derecho a impugnar la primera condena que se dicte en sede de casación, y no a la impugnación de los fallos condenatorios emitidos por los tribunales superiores en segunda instancia, siendo este el supuesto fáctico y jurídico relevante en el presente caso.

9.1.3 Ahora bien, esta Corporación no pasa por alto que el 10 de marzo de 2017, en aplicación lo decidido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-792 de 2014, el apoderado judicial del actor impugnó la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal

Superior de Villavicencio en segunda instancia.

Sin embargo, mediante oficio n.º 0822 del 16 de marzo de 2017, la Secretaría del Tribunal Superior de Villavicencio se negó a tramitar el recurso, pretextando que la Corte Suprema de Justicia decidió en una providencia del 10 de agosto de 2016, con fundamento en «la ausencia de soporte legal», no acoger lo previsto en la mencionada sentencia. Además, le indicó que el único recurso que procedía contra las sentencias condenatorias proferidas en segunda instancia por los tribunales superiores era el extraordinario de casación. De este modo, le sugirió presentar dicho recurso, pues «la apelación no tiene vocación de prosperidad y de no presentarlo, usted sí le vulneraría el derecho de defensa técnica a su representado».

La posición de la Secretaría del Tribunal fue reiterada al accionante por el magistrado sustanciador en auto del 4 de mayo siguiente.

De acuerdo con lo sostenido en el fundamento jurídico 6.4 de esta decisión, la jurisprudencia constitucional más reciente reconoce que los artículos 29 superior, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP prevén la existencia del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria que se dicte en el marco de un proceso penal, ante un juez diferente del que impuso la condena, al margen de si se trata de un proceso adelantado bajo la Ley 600 de 2000 o la Ley 906 de 2004, o de si la primera sentencia inculpatória se dictó en segunda instancia o, incluso, en sede de casación.

Dado que la Sentencia C-792 de 2014 actualizó el entendimiento de la Constitución en este sentido, luego del 24 de abril de 2016, fecha en que venció el exhorto al Congreso de la República para legislar sobre la materia, las autoridades judiciales debían actuar en consonancia con lo dispuesto en la mencionada sentencia de unificación, es decir, entendiendo que procede la impugnación integral contra «todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena». No sobra recordar que esta forma de comprender el alcance de la Sentencia C-792 de 2014 fue puesto de presente por la Corte Constitucional en la reciente Sentencia SU-217 de 2019[144].

En atención a lo anterior, es claro que el Tribunal Superior de Villavicencio estaba obligado a dar trámite y remitir a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el escrito

de impugnación presentado por el accionante el 10 de marzo de 2017, contra la sentencia emitida en segunda instancia por su Sala Penal el 20 de febrero del mismo año.

Aunque esto no se sucedió, según se explicó en precedencia, al resolver el recurso extraordinario de casación formulado por el actor, la Sala Penal de la Corte se pronunció sobre el fondo del asunto y, con esto, protegió el derecho fundamental del demandante a impugnar la primera sentencia condenatoria dictada en su contra.

Sin embargo, en razón de la omisión en que incurrió la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio al negarse a admitir el recurso de impugnación interpuesto por el accionante y remitirlo a la Corte Suprema de Justicia, la Sala Plena considera necesario tomar medidas adicionales.

De este modo, en la parte resolutive de esta sentencia, advertirá al Tribunal Superior de Villavicencio que en próximas oportunidades deberá informar en los fallos que contengan la primera condena que contra la misma procede el recurso de impugnación. Luego de los trámites de rigor, deberá remitir el expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que, de ser el caso, resuelva la solicitud de doble conformidad judicial, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 235 de la Constitución.

9.1.4 Ahora bien, dada la persistencia del déficit de regulación legal del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria en materia penal, la Corte reiterará el exhorto formulado en las Sentencias SU-217 y SU 218 de 2019, en la cual se conminó al Congreso de la República a regular el procedimiento para el ejercicio del mencionado derecho, de conformidad con lo prescrito en los artículos superiores 29 y 235, numerales 2 y 7.

9.1.5 Resuelto el primer problema jurídico dentro del asunto de la referencia, la Corte procede a verificar si, como lo sostuvo el accionante, la sentencia emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrió en un defecto sustantivo, por desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, que establece el procedimiento que debe adelantar el juez para variar la calificación jurídica en la audiencia de juzgamiento.

9.2 El cambio de la calificación jurídica de la conducta en la sentencia de segunda instancia no vulneró el derecho a la defensa del accionante

9.2.1 En el fundamento jurídico n.º 8 de la presente providencia, la Corte explicó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la calificación jurídica de la conducta imputada, contenida en la resolución de acusación, se puede variar mediante (i) el procedimiento descrito en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, es decir, en la audiencia pública de juzgamiento, a iniciativa del juez o el fiscal, o (ii) en la sentencia. Adicionalmente, se indicó que en ambos casos, bajo ninguna circunstancia, ni el juez ni el fiscal pueden alterar o sustituir el núcleo esencial de la imputación fáctica, es decir, el acto humano como tal, objeto de investigación. Al respecto, se sostuvo que este límite es el punto que determina la congruencia de la decisión de fondo y permite salvaguardar el derecho de defensa, en la medida en que los supuestos fácticos materia de averiguación son los que definen la estrategia probatoria y defensiva del procesado.

También se precisó que si el juez modifica la imputación jurídica en la sentencia, además del límite descrito, su decisión no puede agravar la situación jurídica del acusado. Esto significa que no puede condenar por un delito de mayor gravedad, reconocer una circunstancia de agravación punitiva o condenar por un grado de participación que resulte más gravoso.

De igual forma, se destacó que el criterio de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la imposibilidad de variar el núcleo esencial de la imputación fáctica, coincide con la posición de la Corte Constitucional y de la Corte IDH sobre el particular.

9.2.2 Ahora bien, para establecer si el cambio de la calificación jurídica en la sentencia de segunda instancia vulneró el derecho a la defensa del accionante, se expondrán los supuestos fácticos de la resolución de acusación y de la sentencia de segunda instancia, con el objeto de confrontarlos y así establecer si entre los mismos existe una relación de consonancia o de incongruencia. Además, se verificará si, en efecto, la pena impuesta para quien participe en calidad de cómplice en la realización de un delito es menor que la prevista para el interviniente.

Para el efecto, antes, corresponde recordar dos elementos. En primer lugar, según se explicó en la primera parte de este acápite, la controversia sustancial del proceso penal adelantado contra el accionante giró en torno a dos problemas jurídicos: si la conducta del procesado se ciñó a lo estipulado en el contrato de corretaje que suscribió con VIMESA S.A.

y si aquel tuvo el dominio del hecho, o solo actuó como colaborador del delito cometido por otros, o si de ninguna manera participó en la realización de la conducta antijurídica. En segundo lugar, que, de conformidad con expuesto por el actor en el recurso extraordinario de casación, el Tribunal Superior de Villavicencio vulneró el principio de congruencia toda vez que desconoció que todo el trabajo de la defensa estuvo encaminado a desvirtuar los presupuestos de la coautoría, es decir, su participación a título de interviniente.

9.2.2.1 Como ya se dijo, en la resolución de acusación dictada el 1 de junio de 2010, la Fiscalía Auxiliar Delegada ante la Corte Suprema de Justicia afirmó que la labor del señor Ahumada no se circunscribió al cumplimiento de las actividades previstas en el contrato de corretaje celebrado con VIMESA S.A. Lo anterior, en la medida que su actuación no se limitó a poner en contacto a dicha sociedad con los inversionistas, sino que, además, adelantó diversas actividades orientadas a que los tesoreros de la Alcaldía de Villavicencio invirtieran recursos en el patrimonio autónomo, las cuales incluyeron pactar los rendimientos financieros de las inversiones.

En consecuencia, al constatar que desde el inicio del negocio jurídico, los dos intermediarios financieros participaron en cada uno de sus aspectos y etapas, la Fiscalía estimó que su comportamiento fue necesario para la estructuración del delito. Así, con fundamento en lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, a cuyo tenor interviniente es el coautor de las conductas que requiere autor cualificado, y por encontrar que el actor tuvo «el dominio funcional del hecho», la entidad profirió resolución de acusación en contra del señor Édgar Antonio Ahumada Sabogal «como interviniente del delito de peculado por apropiación a favor de tercero».

9.2.2.2 Por su parte, en la sentencia condenatoria proferida el 20 de febrero de 2017, la Sala Penal del Tribunal de Villavicencio, en primer lugar, y en lo que concierne al caso del señor Ahumada, puso de presente que el defensor de este, en calidad de no recurrente, manifestó:

«[Al señor Ahumada] no puede reprochársele ninguna participación en la presunta disposición irregular de recursos del ente territorial por cuanto su labor no era siquiera de empleado de alguna de las personas jurídicas, sino simplemente actuó como agente de corretaje y durante el tiempo que ejerció su labor no existió pérdida alguna de dinero,

porque los dineros faltantes datan de 2008, cuando ya no fungía como agente de VIMESA S.A.

Estima que lo que hicieron las partes contratantes fue cumplir con lo pactado, esto es, el corredor realizó las actividades propias de su función, adelantando las actividades necesarias para poner en conocimiento de potenciales inversionistas las ofertas hechas por la banca de inversión y lo propio hizo VIMESA al pagar las comisiones por la materialización de las inversiones, que no excedieron el 2% del total de la inversión efectuada por la Alcaldía de Villavicencio.

La actividad comercial desarrollada, sostiene el defensor, no constituye delito alguno y menos el de peculado por apropiación, pues la labor del señor Ahumada consistía en mediar para facilitar un acercamiento contractual de ambos extremos sin convertirse en parte de alguno de ellos; de ahí que resultara acertado que el a quo exonerara de responsabilidad penal al procesado por atipicidad de la conducta. (...).

En suma, argumenta que Ahumada Sabogal no era el ordenador del gasto público del ente territorial, no tuvo disponibilidad material o jurídica de los dineros públicos; no tenía capacidad de disposición y representación de las entidades involucradas; y tampoco hizo parte de las entidades privadas que contrataron con el ente territorial, lo cual, a su juicio, es suficiente para confirmar el fallo absolutorio proferido a favor de su prohijado».

En relación con la responsabilidad del acusado, el Tribunal precisó que la figura del interviniente no forma parte de la participación, sino de la autoría, la cual, aunque es evidente respecto de los funcionarios de la Alcaldía de Villavicencio, no lo es frente a los intermediarios financieros, por cuanto no existe prueba alguna del cumplimiento de dos de los requisitos esenciales de la coautoría: «el previo acuerdo común y el codominio del hecho». En este sentido, el Tribunal determinó que el accionante siempre careció del dominio del hecho, toda vez que la colocación dineraria estuvo en cabeza de los tesoreros municipales. De este modo, actuó como simple colaborador del delito cometido por otro, «sin que su aporte fuera necesario, pues la empresa VIMESA bien pudo utilizar a otras personas para contactar a esos mismos inversionistas». Además, «su actuar no estuvo orientado por un designio criminal común que sí confluye entre los extesoreros [de la Alcaldía] y el representante de Coocafé».

Igualmente, señaló que, a diferencia de lo sostenido por el juez penal de primera instancia, la conducta de los intermediarios financieros desbordó la función propia del contrato de corretaje. Esto, pues las distintas pruebas que obran en el expediente, específicamente las declaraciones de los tesoreros de la Alcaldía, dan cuenta de que su labor no se limitó a realizar las ofertas. Por el contrario, llevaron a cabo diversas actividades para conseguir que finalmente los tesoreros de la Alcaldía hicieran las colocaciones y concluyeran las operaciones con éxito.

9.2.2.3 De acuerdo con lo anterior, la comparación entre los presupuestos fácticos de la acusación y de la condena en segunda instancia permite afirmar que el objeto del juicio en esos dos momentos se contrajo a establecer si las actividades adelantadas por el actor se circunscribieron al ejercicio legal del trabajo de intermediación financiera y si tuvo el dominio del hecho delictivo.

De este modo, puede sostenerse que en las etapas del proceso aludidas se mantuvo el mismo fundamento fáctico y que los hechos planteados en la resolución de acusación, así como los argumentos esgrimidos por el procesado para desvirtuarlos, fueron considerados y analizados por el fallador de segunda instancia.

«Ahora bien, el letrado asevera que dicha modificación afectó el derecho de defensa porque durante la actuación el ejercicio del contradictorio estuvo dirigido a desvirtuar los presupuestos de la coautoría, misma que precisamente el Tribunal desechó al advertir que Ahumada Sabogal y Hurtado Orozco no tuvieron el dominio del hecho en la comisión del injusto, sino que contribuyeron a la realización de la conducta antijurídica de (...).

(...)

Nótese cómo, aunque el recurrente asegura que su cliente no se pudo defender de la complicidad deducida en segunda instancia, lo cierto es que a lo largo de la actuación rebatió la esencia de la imputación fáctica consistente en que su cliente y (...), en su condición de comisionistas o intermediarios financieros, excedieron los límites del contrato de corretaje para ayudar a los tesoreros del municipio de Villavicencio a esquilmar los caudales públicos».

9.2.2.5 Ahora bien, en relación con el cambio en el título de participación, en este punto se

constata que al tenor de lo preceptuado en los incisos 3 y 4 del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, la complicidad implica la imposición de una pena menor que la prevista para la coautoría, ya que la reducción de la condena en la primera puede ser de una sexta parte a la mitad, mientras que en la segunda la pena se rebajará solo una cuarta parte[145]. Así lo anotó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia cuestionada:

«En el caso examinado se observa que aunque, en efecto, Ahumada Sabogal y (...) fueron acusados por el delito de peculado por apropiación en grado de intervinientes y condenados en sede de segunda instancia a título de cómplices, dicha modificación no comporta aflicción alguna para los mentados acusados porque la pena imponible conforme a esta última categoría dogmática de participación es más benigna que la que les hubiera podido corresponder de haber sido sentenciados como intervinientes».

9.2.3 Conforme a lo expuesto, la Sala Plena de esta Corporación estima que la sentencia de casación contra la cual se interpuso la presente acción de tutela no incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, pues la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio estaba habilitada para cambiar en la sentencia la calificación jurídica de la conducta imputada, si, como en efecto ocurrió, (i) mantenía incólume el núcleo básico de la imputación fáctica y (ii) la variación en el título de participación resultaba más benigno al procesado.

9.2.4 Con todo, esta Corporación estima necesario precisar que la acción de tutela y, puntualmente, la invocación del derecho a la doble instancia no constituyen una tercera instancia para que la Corte Constitucional analice la responsabilidad penal de la accionante y determine si la Corte Suprema de Justicia se equivocó en su decisión. En el presente caso, el estudio de fondo se debe entender circunscrito a la presunta vulneración del principio de congruencia y, por tanto, del derecho fundamental al debido proceso, la cual, según se expuso en precedencia, no tuvo lugar.

9.3 En virtud de lo anterior, y por encontrar demostrado que el fallo proferido el 29 de agosto de 2018 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no vulneró los derechos fundamentales del señor Édgar Antonio Ahumada Sabogal al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, se confirmará la sentencia adoptada el

16 de enero de 2019 por la Sala de Casación Civil de la misma Corporación, que negó la protección constitucional solicitada.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada por Auto del 6 de junio de 2019.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de enero de 2019 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que negó el amparo de los derechos fundamentales del señor Édgar Antonio Ahumada Sabogal al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia.

TERCERO.- ADVERTIR a la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio que en próximas oportunidades deberá informar en los fallos que contengan la primera condena que contra la misma procede el recurso de impugnación. De presentarse la impugnación, y luego de los trámites de rigor, deberá remitir el expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que, de ser el caso, resuelva la solicitud de doble conformidad judicial.

CUARTO.- EXHORTAR, una vez más, al Congreso de la República, a que regule el procedimiento para el ejercicio del derecho a la impugnación de la primera sentencia condenatoria en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 235, numerales 2 y 7, de la Constitución.

Notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

Ausente con excusa

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] «Artículo 17. Colocación de excedentes de liquidez. Las entidades territoriales deberán invertir sus excedentes transitorios de liquidez en Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio. || Parágrafo. Las Entidades Territoriales podrán seguir colocando sus excedentes de liquidez en Institutos de Fomento y Desarrollo mientras estos últimos obtienen la calificación de bajo riesgo crediticio, para lo cual tendrán un plazo de un (1) año a partir de la vigencia de la presente ley».

[2] «Artículo 207. Causales. En materia penal la casación procede por los siguientes motivos: || (...) 3. Cuando la Sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad».

[3] Ley 600 de 200, artículo 404: «Concluida la práctica de pruebas, si la calificación provisional dada a la conducta punible varió por error en la calificación o prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos, se procederá así:

1. Si el Fiscal General de la Nación o su delegado, advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, procederá a variarla y así se lo hará saber al Juez en su intervención durante la audiencia pública. Finalizada su intervención, se correrá traslado de ella a los demás sujetos procesales, quienes podrán solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias.

Si se suspende la diligencia, el expediente quedará inmediatamente a disposición de los sujetos procesales por el término de diez días para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes. Vencido el traslado, el juez, mediante auto de sustanciación, ordenará la práctica de pruebas y fijará fecha y hora para la continuación de la diligencia de audiencia pública, la que se realizará dentro de los diez días siguientes.

Si los sujetos procesales acuerdan proseguir la diligencia de audiencia pública o reanudada ésta y practicadas las pruebas, se concederá el uso de la palabra en el orden legal de intervenciones.

2. Si el juez advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia pública, limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica que estima procedente y sin que ella implique valoración alguna de responsabilidad. El fiscal podrá aceptarla u oponerse a ella.

Si el fiscal admite variar la calificación jurídica, se dará aplicación al numeral primero de este artículo.

Cuando el proceso sea de competencia del Fiscal General de la Nación, podrá introducir la modificación por medio de memorial dirigido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Cuando el proceso sea de aquellos que conoce en su integridad la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se introducirá la modificación por decisión notificable en estrados».

[4] Se citan las Sentencias SP6354-2015 y SP, 16 de marzo de 2016, rad. 44.288.

[5] La primera fracción se aplica al máximo punitivo y la segunda al mínimo, de acuerdo con la regla primera del artículo 60 del Código Penal.

[6] Deducible frente a ambos extremos punitivos.

[7] Se citan las Sentencias CSJ SC17005-2014, que a su vez cita las Sentencias del 6 de octubre de 1954 (LXXVIII-861), 13 de abril de 1955 (LVVV-13), 8 de agosto de 2000 (expd. 5383), 9 de febrero de 2011 (expd. 00900) y 1 de diciembre de 2011 (rad. 1999-01889-01).

[8] Se cita la Sentencia C-025 de 2010.

[10] En la Sentencia T-191 de 2009, la Corte analizó las razones que justifican la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Particularmente, aclaró que dichas razones son de orden iusfilosófico y constitucional, y que estas guardan una relación directa con el nuevo modelo previsto en la Carta de 1991. Así lo explicó: «En cuanto a las razones de orden constitucional estas obedecen (i) en primer lugar, a que la Constitución Política es norma de normas, tiene la mayor jerarquía normativa al encontrarse en la cúspide de la pirámide del ordenamiento jurídico, y por tanto constituye el máximo

precepto normativo con la máxima vigencia y máxima eficacia jurídica; (ii) en segundo lugar, y en consonancia con la premisa anterior, a que existe un claro mandato de orden constitucional relativo a que todos los poderes públicos –ejecutivo, legislativo y judicial-, y por ende todas las autoridades públicas, deben respetar los derechos fundamentales. Lo anterior significa que los derechos fundamentales vinculan por igual a todas las autoridades públicas, a todas las ramas del poder público y a todas las entidades y organismos del Estado; (iii) en tercer lugar, a que por expreso mandato constitucional, la acción de tutela procede sin excepción, contra todas las autoridades públicas de todas las ramas del poder público; y (iv) finalmente, a que el supremo intérprete de la Constitución es el Tribunal Constitucional».

[11] En esa oportunidad, la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 185 de la Ley 906 de 2004 con base en la presunta improcedencia de la acción de tutela contra la Sentencia que resuelve el recurso de casación en materia penal. Con este propósito, sostuvo: «es claro para esta Corporación que una ley ordinaria no puede modificar o suprimir la Constitución Política y con mayor razón uno de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales en ella consagrados; que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales en los casos en que esta Corporación ha establecido y con cumplimiento de los presupuestos generales y específicos ya indicados; que al proferir la Sentencia C-543-92, la decisión de la Corte no fue excluir la tutela contra decisiones judiciales; que la procedencia de la acción de tutela contra tales decisiones está legitimada no solo por la Carta Política sino también por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto instrumentos de derecho internacional público que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que vinculan al Estado colombiano, y que los argumentos expuestos contra la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son infundados y, por lo mismo, fácilmente rebatibles».

[12] Este abordaje de la acción de tutela se diferencia de la situación definida inicialmente como vías de hecho en que mientras la configuración de una vía de hecho requiere que el juez actúe por fuera del ordenamiento jurídico, los requisitos en comento «contemplan situaciones en las que basta que nos encontremos con una decisión judicial ilegítima violatoria de los derechos fundamentales para que se viabilice la acción de tutela contra decisiones judiciales» (Sentencia T-639 de 2006).

[13] Sentencias SU-033 de 2018, T-458 de 2016 y T-1008 de 2012.

[14] Sentencias T-016 de 2019, T-436, T-237 y T-180 de 2018, T-732 de 2017 y T-715 de 2016, entre otras.

[15] Sentencias SU-090 de 2018, T-604 y T-137 de 2017, T-287 de 2015, T-250 de 2014, y T-823, T-822 y T-797 de 2013.

[16] En la Sentencia C-590 de 2005, la Corte aclaró que, «de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio». También se pueden consultar las Sentencias T-079 de 2014, SU-159 de 2000 y T-008 de 1998.

[17] Sentencia SU-770 de 2014, oportunidad en la que la Sala Plena confirmó la decisión que declaró la improcedencia de la acción, al comprobar que «la demanda de tutela no satisface uno de los requisitos formales o causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como es el de identificar de manera razonable los hechos que generan la violación y que, en caso de haber sido posible, esta circunstancia haya sido alegada al interior del proceso».

[18] Ver Sentencia SU-627 de 2015.

[19] En la Sentencia T-240 de 2004, la Corte Constitucional indicó: «Las autoridades judiciales, cuando incurren en vía de hecho, vulneran el derecho fundamental al debido proceso que asiste a quienes intervienen en el respectivo proceso judicial. Por el contrario, quienes pudiendo intervenir en un proceso y no participan en él, carecen de legitimidad para cuestionar, en sede de tutela, una actuación judicial».

[20] Ley 600 de 2000, artículo 220: «Procedencia. La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: || 1. Cuando se haya condenado o impuesto medida de seguridad a dos o más personas por una misma conducta punible que no hubiese podido ser cometida sino por una o por un número menor de las sentenciadas. ||

2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querella o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal. || 3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad. || 4. Cuando con posterioridad a la Sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por una conducta típica del juez o de un tercero. || 5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa. || 6. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria. || Lo dispuesto en los numerales 4 y 5 se aplicará también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y Sentencia absolutoria».

[21] La resolución de acusación a la que se hace referencia fue proferida por la Fiscalía 17 Delegada de la Unidad Especializada en Delitos contra la Administración Pública también contra los señores José Guillermo Jaramillo Cárdenas, como interviniente en el delito de peculado por apropiación a favor de terceros; Agustín Hortúa Gutiérrez y Miguel González Roncancio, como autores del delito de peculado por apropiación, en concurso con los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y cohecho propio; y Gabriel Fernando Hurtado Orozco, como presunto responsable de los delitos de peculado por apropiación a título de interviniente y cohecho por dar u ofrecer. En el trámite de la acción de tutela, la Dirección Seccional de Bogotá de la Fiscalía General de la Nación informó a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que la Dirección Especializada contra la Corrupción de la entidad «está a cargo de la custodia de los archivos de la extinta Unidad Nacional Especializada para los Delitos contra la Administración Pública».

[22] En virtud del numeral tercero del auto del 31 de mayo de 2019, a cuyo tenor se dispuso «COMUNICAR la presente providencia a las partes y enviarles copia completa de la misma, para que en caso de que tengan copia de la prueba solicitada en el numeral primero de esta decisión, la remitan a este despacho dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de esta providencia», el accionante, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio y la Fiscalía Once Delegada ante la Corte Suprema de Justicia remitieron copia del mismo documento.

[23] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2 de septiembre de 2009, radicado n.º 29.221.

[24] Sentencia SU-050 de 2017.

[25] Sentencias SU-072 de 2018, SU-654, SU-573 y SU-050 de 2017, SU-566, SU 565 y SU-236 de 2015, SU-770 y SU-768 de 2014, entre otras.

[26] Sentencia SU-917 de 2010.

[27] Sentencia T-441 de 2018.

[28] Sentencia T-156 de 2009. En la Sentencia T-581 de 2011, esta Corporación explicó: «Frente a la configuración de este defecto [se refiere al defecto sustantivo], puede concluirse que si bien es cierto que los jueces dentro de la esfera de sus competencias cuentan con autonomía e independencia judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas, dicha facultad no es en ningún caso absoluta. Por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho». También se pueden consultar las Sentencias SU-288 de 2016, T-007 de 2014 y T-140 de 2012.

[29] Sentencias T-521 de 2015 y SU-950 de 2014.

[30] Sentencia SU-416 de 2015, que reiteró la Sentencia SU-949 de 2014.

[31] Cfr. Sentencias T-158 de 1993, T-804 de 1999 y SU-159 2002.

[32] Cfr. Sentencia T-790 de 2010, T-510 de 2011.

[33] Cfr. Sentencias T-572 de 1994, SU-172 de 2000 y SU-174 de 2007.

[34] Cfr. Sentencia T-100 de 1998.

[35] Cfr. Sentencia T-790 de 2010.

[36] Cfr. Sentencias T-572 de 1994 y SU-159 de 2002.

[37] Sentencias T-462 de 2003, T-001 de 1999 y T-765 de 1998.

[38] Sentencias T-066 de 2009 y T-079 de 1993.

[39] Sentencias T-416 de 2016, T-513 de 2011, T-709 de 2010, T-1012 de 2010 y T-428 de 2007.

[40] Sentencias T-671 y T-453 de 2017, T-645 de 2014, T-261 de 2013, SU-424 de 2012, T-709 y T-395 de 2010 y T-302 de 2008, entre muchas otras.

[41] Sentencia C-037 de 1996.

[42] Sentencia T-709 de 2010.

[43] Reiterada en las Sentencias T-296 de 2018, T-258 de 2017, T-416 de 2016, T-271 de 2015, T-443 de 2013 y T-464 de 2011, entre otras.

[44] Sentencia T-261 de 2013.

[45] Sentencia SU-424 de 2012.

[47] Sentencia T-302 de 2008, reiterada, entre otras, en las Sentencias SU-424 de 2012 y T-453 de 2017.

[48] Sentencia T-292 de 2006, reiterada en las Sentencias T-1112 de 2008, SU-811 de 2009, T-288 de 2011, T-1029 de 2012, T-267 de 2013, T-170 de 2015 y T-121 de 2017, entre otras.

[49] Sentencias T-292 de 2006 y T-468 de 2003.

[50] Sentencia T-1112 de 2008.

[51] Sentencia T-731 de 2006, reiterada en las Sentencias T-146 de 2014 y T-334 de 2018.

[52] Sentencia T-1112 de 2008, reiterada en las Sentencias T-351 de 2011, T-028 y T-1083 de 2012, T-718 de 2013, T-390 de 2015, SU-091 de 2016 y T-088 de 2018, entre otras.

[53] Sentencia C-415 de 2012.

[54] Sentencias C-674 de 2017, C-054 de 2016, C-269 de 2014, C-1290 de 2001, 400 de 2013, C-560 de 1999 y T-006 de 1992.

[55] Sentencias C-415 de 2012, C-649 de 2001 y C-070 de 1996.

[56] Sentencias C-279 de 2013, C-1177 de 2005, C-207 de 2003, C-426 de 2002, C-1195 de 2001, C-1341 de 2000, C-215 de 1999, T-268 y C-037 de 1996 y T-006 de 1992. Un ejemplo prototípico de norma constitucional directamente aplicable es el artículo 85 de la Constitución. En efecto, el citado artículo dispone que los derechos allí consagrados (artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40) «Son de aplicación inmediata». Desde sus primeras Sentencias, esta Corporación ha interpretado esta cláusula en el sentido de que los derechos enumerados «no requieren de previo desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia directa y que no contemplan condiciones para su ejercicio en el tiempo, de modo que son exigibles en forma directa e inmediata» (Sentencia T-002 de 1992).

[57] Ver Supra n.º 11.

[58] Esta subregla ha sido aplicada en las Sentencias SU-098 de 2018, T-619, T-374 y SU-337 de 2017, SU-415 de 2015, T-967 de 2014, SU-1073 de 2012, T-220 de 2011, T-255 y T-007 de 2013, y T-1095 y T-1086 de 2012, entre otras.

[59] Sentencias T-022 de 2018 y T-638 de 2017

[60] Sentencias T-252 y T-174 de 2016, T-204 de 2015 y T-818 de 2013.

[61] Sentencias T-209 de 2015, T-704 de 2012, T-809 de 2010, T-590 de 2009 y T-199 de 2005.

[62] Sentencias SU-918 y T-283 de 2013 y T-809 de 2010.

[63] Sentencia SU-024 de 2018.

[64] Sentencia SU-918 de 2013.

[65] Además de las sentencias que de manera específica se refieren al derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria penal, en las Sentencias C-838, C-319 y C-248 de 2013, T-1045 de 2006, T-1005 de 2005 y C-345 y C-019 de 1993, la Corte coincidió en concluir que al tenor de lo dispuesto en el artículo 31 superior, «la ley puede consagrar excepciones a la doble instancia, salvo cuando se trata de sentencias penales condenatorias o de fallos de tutela, los cuales siempre podrán ser impugnados, según los artículos 29 y 86 de la Carta» (Sentencia C-040 de 2002).

[66] Sentencias SU-373 de 2019, SU-198 de 2013, SU-195 de 2012, T-146 de 2010, T-965 y SU-811 de 2009, y T-1246 de 2008.

[67] Sentencias SU-218 de 2019, SU-215 de 2016 y C-998 de 2004.

[68] Con aclaración de voto de los magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, y salvamento de voto de los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva. En este fallo, la Sala Plena analizó el caso dos personas que fueron condenadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por el delito de estafa agravada en razón de la cuantía, en el marco de un proceso penal adelantado bajo los parámetros procesales de la Ley 600 de 2000, previa absolución en instancias. Por lo anterior, solicitaban la aplicación del precedente fijado en la Sentencia C-792 de 2014 –providencia a la que se hará mención enseguida–, en la cual la Corte Constitucional sostuvo que todas las personas tienen el derecho fundamental a impugnar las condenas impuestas por primera vez en un proceso penal. Los tutelantes sostenían que esa decisión vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la doble instancia y a acceder a la administración de justicia, por cuanto la condena se les impuso en casación, luego de su absolución en primera y segunda instancia.

[69] Con salvamento de voto de los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y María Victoria Sáchica Méndez (E).

[70] Al respecto, esta Corporación aclaró: «Esta calificación de la impugnación como un derecho subjetivo de naturaleza constitucional y convencional tiene relevancia y transcendencia jurídica, toda vez que esta Corporación ha entendido que las facultades normativas del legislador difieren según el status o condición jurídica de la institución

regulada, y que mientras los principios o directrices generales establecidas en la Carta Política eventualmente podrían ser objeto de limitaciones, salvedades o excepciones, esta posibilidad se encuentra vedada respecto de los derechos fundamentales. || Esta consideración explica, por ejemplo, que este tribunal haya avalado el diseño legislativo de algunos procesos judiciales de única instancia, porque aun cuando ello implica una limitación a la garantía de la doble instancia, esta tiene el status de una orientación general que no tiene un carácter absoluto».

[71] Entre otras, se analizaron las Sentencias de la Corte IDH en los casos Mohamed vs. Argentina (23 de noviembre de 2012, Serie C, n.º 255), Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2 de julio de 2002, Serie C, n.º 107), Barreto Leiva vs. Venezuela (17 de noviembre de 2009, Serie C, n.º 206), Vélez Llor vs. Panamá (23 de noviembre de 2010, Serie C, n.º 218) y Liakat Alí Alibux vs. Suriname (30 de enero de 2014, Serie C, n.º 276). Del Comité de Derechos Humanos de la ONU se citaron los casos de Reid vs. Jamaica (4 de julio de 1999), Cesario Gómez Vásquez vs. España (Comunicación 701/1996), Domukovsky y otros vs. Georgia (Comunicación 623 a 627/1995), Pérez Escobar c. España (Comunicación 1156/2003) y Lumley vs. Jamaica (Comunicación 662/1995).

[72] la Corte argumentó que el derecho a la impugnación «garantiza que toda sentencia condenatoria expedida en el marco de un proceso penal pueda ser controvertida por quien ha sido declarado penalmente responsable, sin que en ningún caso la estructura del proceso penal, el número de instancias que se surtan en el juicio, el tipo de infracción cometida o la sanción impuesta, pueda ser invocada para establecer una excepción a los derechos de defensa y de contradicción. Así las cosas, toda Sentencia que determina la responsabilidad penal e impone la correspondiente sanción, debe poder ser recurrida, independientemente de cualquier otra consideración».

[73] Casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2 de julio 2004, Serie C, n.º 107) y Mohamed vs. Argentina (23 de noviembre de 2012, Serie C, n.º 255).

[74] la Sala Plena de la Corte Constitucional precisó que este recurso se encuentra previsto únicamente para revisar fallos de tribunales o sentencias por delitos que tengan una pena privativa de la libertad igual o superior a los cinco años. Sin embargo, destacó que la Ley 906 de 2004 dispone que la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad discrecional para

aceptar recursos que no cumplan esa condición cuando lo estime necesario para el desarrollo jurisprudencial o para la protección de los derechos fundamentales. Por ello, la interpretación flexible de las causales que se pueden invocar en la demanda «ha convertido a esta herramienta en “una manera, casi ilimitada, de corregir errores judiciales que vulneren derechos fundamentales” (Sentencia C-142 de 1993, reiterada en la Sentencia C-934 de 2006)».

[75] En el caso *Norín Catrimán y otros vs Chile* (2014), la Corte IDH sistematizó su jurisprudencia y explicó que un recurso eficaz para garantizar la impugnación del fallo condenatorio debe cumplir los siguientes seis criterios: (i) recurso ordinario, en este entendido el derecho a interponerlo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; (ii) recurso accesible, las formalidades requeridas para su admisión deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente; (iii) recurso eficaz, ya que no basta con su existencia formal, sino que éste debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido; (iv) recurso que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido; (v) recurso al alcance de toda persona condenada; (vi) recurso que respete las garantías procesales mínimas.

[76] En *Herrera Ulloa vs Costa Rica* la Corte IDH examinó el caso de un periodista contra quien se dictó un fallo condenatorio por el delito de difamación, como consecuencia de varias publicaciones suyas efectuadas en un reconocido diario, en contra de un diplomático. Para este tipo de procesos el ordenamiento jurídico interno no preveía la doble instancia, de modo que el fallo únicamente podía ser atacado mediante el recurso de casación. Aunque el condenado hizo uso de este recurso, la corte de casación confirmó el fallo de primera y única instancia. Al respecto, la Corte sostuvo: «En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a (sic) que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico *La Nación*, respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral

sino limitado».

[77] En *Mohamed vs Argentina* la Corte IDH analizó el caso de un hombre que trabajaba como conductor de un bus colectivo en la ciudad de Buenos Aires, quien en desarrollo de esta labor atropelló a una señora que falleció después. Aunque en primera instancia el juez absolvió al conductor, luego de la apelación del fallo por el Fiscal del Ministerio Público, por el representante del querellante y por el abogado del conductor, el tribunal superior revocó la sentencia apelada y lo condenó por el delito de homicidio culposo a la pena de tres años de prisión. Si bien la legislación argentina prevé el denominado recurso extraordinario federal para atacar decisiones judiciales de segunda instancia en el marco de un proceso penal, la circunstancia de que su procedencia estuviese supeditada a la configuración de la «cuestión federal» o a la existencia de una «arbitrariedad manifiesta» en el fallo atacado, condujo a que el recurso fuese rechazado. La Corte IDH concluyó que el señor Mohamed debía contar con un recurso ordinario, accesible y Pde suficiente amplitud para que su condena fuese nuevamente estudiada, y que el recurso extraordinario federal no cumplía estas condiciones porque su procedencia está supeditada a que se acreditara la arbitrariedad del fallo y porque además, tiene un alcance restringido en cuanto excluye de plano el examen de cuestiones fácticas y probatorias.

[78] Comunicado de prensa n.º 15, del 21 de mayo de 2019. Con salvamento de voto del magistrado Carlos Bernal Pulido y aclaración de voto de los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y José Fernando Reyes Cuartas, y la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

[79] Este caso constaba de dos expedientes. El expediente T-6.011.878 corresponde al pronunciamiento de fondo que se relata. Frente al expediente T-6.056.177, la Corte declaró la improcedencia de la acción al comprobar que el apoderado judicial no contaba con poder especial para interponer la acción de tutela.

[80] La Corte también advirtió que para efectos de esta regulación, resulta indispensable un diagnóstico del impacto presupuestal y administrativo de la implementación del procedimiento legal. Por esta razón, exhortó al Consejo Superior de la Judicatura y al Gobierno nacional para que, con participación de la Corte Suprema de Justicia, y en el marco del principio de colaboración armónica, «dispongan de lo necesario para adelantar

dicho diagnóstico y para que se cuente con los recursos presupuestales y administrativos necesarios para la puesta en marcha del procedimiento que se adopte».

[81] La Sala Plena de Corte Suprema de Justicia, en sesión de fecha 28 de abril de 2016, aprobó el comunicado 08/2016, en el que precisó que «la pretensión de la Corte Constitucional, plasmada en la Sentencia C-792 de 2014, de implementar, a partir del vencimiento del término de un año, la impugnación en todos los casos en que se dictara sentencia condenatoria por primera vez, resulta irrealizable, porque ni la Corte, ni autoridad judicial alguna cuenta con facultades para introducir reformas o definir reglas que permitan poner en práctica este derecho».

AP4214-2016, 29 junio de 2016, radicación 47.902 y AP4094-2016, 29 junio de 2016, radicación 23.933.

[82] AP-4810, 27 julio de 2016, radicación 48.442.

[83] AP-4428, 12 julio de 2016, radicación 48.012; AP-4810, 27 julio de 2016, radicación 48.442 y AP6760-2017, 10 de noviembre de 2017, radicación 49.148.

[84] AP5809-2016, 31 de agosto de 2016, radicación 48.729; AP5985-2016 7 de septiembre de 2016, radicación 48.728; AP8039-2016, 23 de noviembre de 2016, radicación 37.915

[85] AP5226-2016, 10 de agosto de 2016, radicación 48.557.

[86] Gaceta del Congreso n.º 167 del 24 de marzo de 2017, en la cual se publicó la exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo n.º 13 de 2017 Senado, «Por medio del cual se modifican los artículos 186, 235 y 251 de la Constitución Política y se implementa el derecho a impugnar las sentencias condenatorias», oportunidad en la que se indicó: «La fecha de vencimiento para que el Congreso regulará la impugnación de Sentencias condenatorias venció el 24 de abril de 2016 [se refiere al exhorto de la Sentencia C-792 de 2014] generando inseguridad jurídica al únicamente contar con la implementación de la impugnación vía jurisprudencial de este derecho que no cuenta con reglas claras para su protección y menos con las instancias necesarias para su práctica. || (...) A la fecha, el desarrollo del derecho a impugnar las sentencias condenatorias no ha sido regulado por el Congreso de la República lo cual ha conllevado a que los procesos penales

que se adelantan ante la Corte Suprema de Justicia cuya Sentencia es condenatoria no cuenten con el derecho a impugnar por cuanto no se encuentra la estructura funcional u orgánica que permita que un superior jerárquico o funcional avoque la impugnación en contra de un órgano de cierre como es en este caso la Corte Suprema de Justicia. || Inevitables efectos jurídicos conllevan a la necesidad de regular con urgencia la impugnación de Sentencias condenatorias ante la Corte Suprema de Justicia con el fin de evitar el efecto perverso de la prescripción de aquellas decisiones que están llamadas a ser resueltas por vía de impugnación pero que al no contar con un juez natural de segunda instancia llevaría a su inevitable declaratoria».

[87] AP4719-2018, 31 de octubre de 2018, radicación 50.977.

[88] Radicación 54.747.

[89] SP1783-2018, radicación 46.992.

[90] Al respecto, se puede consultar la Sentencia SU-373 de 2019.

[91] Sentencia SP4883-2018 del 14 de noviembre de 2018 (radicación 48.820): «cuando la primera condena se dicte en sede de casación, la Sala de Casación Penal ha de integrarse de manera tal que tres de sus magistrados no conozcan del asunto, a fin de que queden habilitados para pronunciarse sobre la doble conformidad, si ésta llegare a solicitarse por la defensa. De ahí que, en asuntos como el aquí analizado, el magistrado ponente ha de convocar a los cinco magistrados que le siguen en orden alfabético, a fin de conformar sala (de seis integrantes) para discutir la ponencia y dictar la sentencia. Los tres magistrados restantes integrarán sala para revisar, dado el caso, la doble conformidad». En consecuencia, en los procesos en que así se ha solicitado, cuando el fallo de casación cobró ejecutoria después del 18 de enero de 2018 –fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2018–, al considerar que la sentencia «no ha hecho tránsito a cosa juzgada, pues si bien transcurrió el término de notificación y ejecutoria, materialmente no ha alcanzado el carácter de inmutable, vinculante y definitivo, debido a que existe la posibilidad de ser revisado a través de la impugnación especial» (AP1127-2019 del 27 de marzo de 2019 -radicación 54.747-), la Corte Suprema de Justicia ha ordenado la devolución del expediente al tribunal superior de origen para dar trámite al mencionado recurso.

[93] AP1263-2019, 3 de abril de 2019, radicación 54.215.

[94] AP2250-2018, 30 de mayo de 2018, radicación 49.849: «Además, en atención a la garantía la “doble conformidad”, como viene de indicarse, no se observa que el Tribunal al emitir fallo condenatorio desatendiera algún medio probatorio o lo valorara de manera inadecuada al no sujetarse a los parámetros de la sana crítica, por el contrario, apreció cada uno de ellos y en su conjunto, encontró demostrada más allá de toda duda razonable la materialidad de las conductas reprochadas y la responsabilidad del acusado, especialmente, conforme con los testimonios de 4 de las menores víctimas que acudieron a juicio, quienes de manera contundente describieron los hechos criminales e identificaron al autor, sin que alguna de las pruebas de descargo desvirtuara lo dilucidado». En el mismo sentido, se pueden consultar los autos AP2248-2018, 30 de mayo de 2018, radicación 49.898, y AP407-2018, 31 de enero de 2018, radicación. 49.114.

[95] Ley 906 de 2004, artículo 184: «ADMISIÓN. Vencido el término para interponer el recurso, la demanda se remitirá junto con los antecedentes necesarios a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que decida dentro de los treinta (30) días siguientes sobre la admisión de la demanda. || No será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: Si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso. || En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo. || Para el efecto, se fijará fecha para la audiencia de sustentación que se celebrará dentro de los treinta (30) días siguientes, a la que podrán concurrir los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de la demanda».

[96] AP5344-2018, 5 de diciembre de 2018, radicación 51.860. En esta misma línea se encuentra el AutoAP5323-18, 5 de diciembre de 2018, radicación 50.867, oportunidad en la que la Sala indicó: «No obstante lo anterior, toda vez que el procesado fue condenado por el

delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, por primera vez en segunda instancia, con el fin de garantizar el principio de doble conformidad y dado que se avizora la vulneración al principio de legalidad de la pena, la Corte encuentra necesario intervenir oficiosamente. Por tanto, una vez se surta la notificación de la presente providencia y se agote el mecanismo de la insistencia previsto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, las diligencias deben retornar al despacho para se dicte el fallo de rigor». También se puede consultar el AutoAP5318-2018, 5 de diciembre de 2018, radicación 50.782.

[97] SP650-2017, 25 de enero de 2017, radicación 48.377 y SP20081-2017, 29 de noviembre de 2017, radicación 47845, entre otras.

[98] SP4179-2018, 26 de septiembre de 2018, radicación 47.789; SP3168-2017, 8 de marzo de 2017, radicación 44.599; y SP5330-2018, 5 de diciembre de 2018, radicación 51.692.

[99] AP1263-2019, 3 de abril de 2019, radicación 54.215.

[100] El entendimiento de la Constitución como norma directamente aplicable tiene una relación intrínseca con la tipología de las normas que contiene la Carta y la manera en que esta dispone la producción del derecho. De este modo, la noción de la Constitución como norma directamente aplicable no significa necesariamente que la norma fundamental no requiera desarrollo legal para su aplicación. Por el contrario, esta idea únicamente pone de presente que existen determinadas normas superiores que, en razón del derecho subjetivo que reconocen o de su precisión y completud, pueden ser aplicadas directa e inmediatamente, de suerte que, prima facie, no es menester «la reiteración de su contenido en normas de otra jerarquía para garantizar su efectividad (C.P., art. 4º)» (Sentencia C-757 de 2001). Respecto del derecho fundamental al debido proceso, la Corte ha reconocido, a la luz del artículo 85 constitucional, su carácter de derecho de aplicación inmediata, el cual «vincula a todas las autoridades y constituye una garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales» (Sentencia T-572 de 1992). Esta consideración ha sido matizada en jurisprudencia posterior en el sentido de que la definición del debido proceso como un derecho fundamental de aplicación inmediata solo es predicable de su contenido o núcleo esencial, por cuanto es evidente que la materialización de sus garantías depende de los

procedimientos judiciales y administrativos, las etapas, las formas y los términos que, en virtud de la reserva de ley, deben ser definidos exclusivamente por el legislador (sentencia C-818 de 2011). En este contexto, ha dicho la Corte, «El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria (...) algunas de las reglas constitucionales que configuran este derecho son de aplicación inmediata y anulan cualquier norma que las limite o restrinja. Así por ejemplo, el derecho a la legalidad del delito y de la pena no admite restricción ninguna, como tampoco el principio de la no reformatio in pejus, o el principio de favorabilidad» (Sentencia C-475 de 1997). Además de estas garantías, que forman parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, en la sentencia C-166 de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional mencionó las siguientes: «el derecho al juez natural, el derecho a un proceso público, el derecho a la independencia e imparcialidad del juez, el derecho a presentar pruebas y controvertirlas, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, y el derecho a la defensa entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable» (negrilla fuera del texto).

[101] Desde esta perspectiva, se entiende por qué, por ejemplo, en la sentencia C-792 de 2014, tantas veces citada, la Corte dispuso que vencido el término del exhorto sin que el legislador regulara el derecho a impugnar «todas las sentencias condenatorias», correspondía entender que procede una impugnación integral contra «todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena».

[102] En la sentencia C-475 de 1997, la Sala Plena dijo: «como la concepción “absolutista” de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica». Igualmente, en la Sentencia SU-215 de 2016, respecto del derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria, en el numeral tercero de la parte resolutive la Sala Plena dispuso: «la Corte Suprema de Justicia, dentro de sus competencias, o en su defecto el juez constitucional, atenderá a las circunstancias de cada caso para definir la forma de garantizar el derecho constitucional a impugnar la sentencia condenatoria impuesta por primera vez por su Sala de Casación Penal, respecto de las providencias que para esa fecha aún no se encuentren

ejecutoriadas».

[103] Aunque en la mencionada sentencia la Sala negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, afirmó: «todo lo anterior no supone desconocer que en la Sentencia C-792 de 2014, aun cuando no se creó una decisión controlante de este caso, la Corte sí expuso una jurisprudencia que doctrinalmente actualizó el entendimiento de la Constitución. De tal suerte, la interpretación constitucional efectuada por la Corte en la Sentencia C-998 de 2004, hoy debe revisarse a la luz de las consideraciones efectuadas en la Sentencia C-792 de 2014, y que constituyen para asuntos como el presente doctrina constitucional (CP art 230). El caso bajo examen está gobernado por la Sentencia C-998 de 2004, pero hacia futuro, y en los términos y bajo las condiciones de la Sentencia C-792 de 2014, la cosa juzgada de esa decisión se ha de ver afectada por la Constitución viviente. En virtud de esa interpretación viviente, el derecho a impugnar las condenas impuestas por primera vez en un proceso penal ordinario no se limita a los fallos de primera instancia, sino que incluye las estatuidas por primera vez en casación. (...) La Corte considera entonces que resultaría irrazonable impedir la impugnación de las sentencias condenatorias impuestas por vez primera en casación, tras instancias absolutorias».

[104] Sentencias C-025 de 2010, C-937 de 2004, C-199 de 2002, C-1288 de 2001, C-1288, C-760 y 620 de 2001, C-541 de 1998 y C-491 de 1996.

[105] «2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: || (...) b. Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada. || c. Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa».

[106] «3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: || a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causa de la acusación formulada contra ella; || b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección».

[107] Sentencia C-025 de 2010.

[108] Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala (20 de junio de 2005, Serie C, n.º 126). También se puede consultar el caso Pélissier y Sassi vs. Francia (25 de marzo de 1999), oportunidad en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que el Estado era responsable por violación del derecho de los peticionarios a ser informados de manera detallada sobre la acusación, así como del derecho a disponer del tiempo y las facilidades necesarios para la preparación de su defensa (artículos 6.1 y 6.3 incisos a) y b) de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales). Lo anterior, por cuanto: «al hacer uso del derecho que incuestionablemente tenía para recalificar hechos sobre los cuales tenía jurisdicción propiamente, la Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence debió haber provisto a los peticionarios de la posibilidad de ejercer sus derechos de defensa respecto de dicha cuestión de manera práctica y efectiva y, en particular, de manera oportuna».

[109] Artículo 442: «Requisitos formales de la resolución de acusación. La resolución de acusación tiene carácter interlocutorio y debe contener: || (...) 3. La calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal».

[110] Sentencia C-491 de 1996. Además, la Sala Plena indicó: «Si las diligencias iniciales dentro del proceso daban lugar para pensar algo que en el curso del mismo se demuestra equivocado o susceptible de ser corregido, la obligación del juez al adoptar decisión de mérito es la de declarar que el equívoco o la inexactitud existieron, dilucidando el punto y resolviendo de conformidad con lo averiguado».

[111] Ibidem.

[112] Sentencia C-541 de 1998.

[113] Artículo 220, numeral 2: «Causales. En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos: || (...) 2. Cuando la Sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación».

[114] Artículo 448: «Congruencia. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena».

[115] Sentencia C-025 de 2010.

[116] Ibidem.

[117] Sentencia C-342 de 2017.

[118] En esta Sentencia, la Corte manifestó no compartir: «el criterio de la demandante y del Procurador, cuando afirman que al facultar al juez para declarar la nulidad de la resolución de acusación se estaría violando el ámbito de competencia del fiscal, pues de sostenerse que la decisión del fiscal debe quedar incólume, es decir, que sea inmodificable por el juez, se caería en el absurdo de avalar la permanencia en el error con la excusa de estar protegiendo los ámbitos de competencia del juez y del fiscal».

[119] Este criterio fue reiterado en la Sentencia T-655 de 2015: «La imputación fáctica, entonces, se convierte en una barrera todavía mucho más fuerte e infranqueable que la imputación jurídica, pues, opuestamente a esta, ni siquiera puede ser modificada en el escenario del juicio, una vez consignada en la acusación y, por supuesto, tiene que ser respetada de forma rígida por el juez al condenar, todavía en mayor medida que el marco señalado por los delitos, pues mientras se puede sancionar por punibles menos graves, los hechos son inmodificables» (negrilla fuera del texto). En el mismo sentido, se puede consultar la Sentencia T-480 de 2006.

[120] Sentencia C-199 de 2002.

[121] Ibidem.

[122] Otras Sentencias de interés son la T-282A de 2012, en la cual la Corte estudió el alcance del principio de congruencia en materia disciplinaria; T-1067 de 2012, en la cual verificó la procedibilidad de la acción de tutela para cuestionar la falta de congruencia entre la diligencia de indagatoria y la resolución de acusación; T-655 de 2015 (con aclaración de voto del magistrado Alberto Rojas Ríos), oportunidad en la que se ocupó de determinar si el desconocimiento del principio de congruencia podría también ocasionar la afectación de los derechos fundamentales de los demás sujetos procesales; y T-1094 de 2008, en la que determinó que el desconocimiento del principio de congruencia no da lugar a la declaratoria de nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia condenatoria de primera instancia,

sino a la exclusión de los cargos arbitrariamente imputados y al ajuste de la decisión a la resolución de acusación en segunda instancia.

[123] Sentencia T-212 de 2006.

[124] Sentencias T-1038 de 2012 y T-480 de 2006.

[125] Sentencias T-105 de 2019, T-309 de 2014 y T-062 de 2013.

[126] Con aclaración de voto del magistrado Mauricio González Cuervo.

[127] Con salvamento de voto del magistrado Alberto Rojas Ríos y aclaración de voto del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

[128] SP1326-2018, 9 de mayo de 2018, radicación 51.563: «La determinación exacta, circunstanciada y concreta de la conducta endilgada en el acto de acusación es de singular importancia para el derecho de defensa, como que una tal materialización del cargo hace efectivo el derecho inherente a quien se le atribuye la realización de un delito, de conocer de manera expresa, clara y sin ambigüedades los hechos que originan la imputación penal, con el fin de ejercer sin cortapisas la vigilancia del desarrollo regular del procedimiento, ofrecer pruebas a su favor y controlar la producción de las de cargo, ser oído para expresar las explicaciones que estime pertinentes frente a la conducta punible imputada, alegar personalmente o por medio de abogado, o ambas, efectuando las críticas de hecho y de derecho contra los argumentos acusatorios, y recurrir las decisiones adversas, en especial, la Sentencia en la que se imponga una pena o una medida de seguridad». También se pueden consultar las sentencias de 15 de mayo de 2008, radicación 25.913, y de 16 de marzo de 2011, radicación 32.685.

[129] Sentencia del 2 de diciembre de 2008, radicación 30.446

[131] Sentencia del 29 de julio de 1998, radicación 10.827.

[132] Al respecto, en la providencia que se cita, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia explicó que en vigencia del Decreto 2700 de 1991, en la Sentencia, el juez podía, dentro de ciertos límites, degradar la responsabilidad, sin desconocer la consonancia. En relación con los estrechos márgenes que tenía el juez para variar la calificación jurídica bajo

ese régimen procesal, la Sala indicó: «en la ley procesal anterior, la resolución de acusación era intangible, en el sentido de que en el curso del juicio no se podía variar la calificación dada a la conducta punible. || Verbigracia, si la resolución de acusación se emitía por homicidio simple y el fiscal o el juez se percataban, en la etapa de juzgamiento, que la adecuación típica era equivocada, pues existía prueba que demostraba que era agravado o la agravante se demostraba en la etapa probatoria del juicio, nada se podía hacer, pues la imputación jurídica hecha en el pliego de cargos era inmutable, por lo que si se condenaba solo podía ser por homicidio simple. (...) Es importante reiterar que cuando el error en la calificación no versaba sobre el género sino sobre la especie del delito (por ejemplo, se acusaba por homicidio culposo y se consideraba que lo que se tipificaba era un homicidio doloso), no había manera de corregir el desatino, comoquiera que no se podía decretar la nulidad ni se podía variar la calificación, debiendo el juez respetar la dada por el fiscal, pues al no existir error en la denominación jurídica, esto es, en el género del delito, que era el único capaz de afectar la estructura del proceso, sino en la especie, no se podía invalidar lo actuado. || 2. En orden a prevenir la inconsecuencia que resultaba de que no se pudiera enmendar el error cometido en la calificación jurídica del comportamiento, al proferirse la resolución de acusación, o de que no se pudiera variar, no obstante que en la etapa probatoria del juicio se allegaran elementos de convicción que demostraban que era incorrecta, el nuevo estatuto procesal penal permite que se cambie. || Se cuestionaba como ilógico e injurídico (sic), además de injusto, que la ley procesal derogada no permitiera mudar la calificación, pues no sólo se impedía remediar un error, sino que se tenía que condenar por un delito menos grave, cuando por prueba legal, regular y oportunamente aducida, aparecía acreditado uno de mayor entidad».

[133] Estas reglas han sido reiteradas, entre otras providencias en AP2208-2018, 30 de mayo de 2018, radicación 52.814; SP1326-2018, 9 de mayo de 2018, radicación 51.653; AP2185-2015, 29 de abril de 2015, radicación 45.429; AP1537-2015, 25 de marzo de 2015, radicación 45.104; Sentencia del 2 de diciembre de 2008, radicación 30.446; y Auto del 24 de enero de 2006, radicación 24.812.

[134] En la providencia en comento, la Sala explicó: «En la ley procesal actual, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art. 398.3), (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del

correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron».

[135] En decisiones posteriores, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia cambió esta tesis para sostener que la variación de la calificación no puede efectuarse con base en prueba antecedente, porque esto implicaría que el fiscal puede hacer modificaciones oficiosas a la calificación provisional en la etapa del juicio, por no valorar pruebas aportadas, lo cual derivaría en la violación del derecho fundamental al debido proceso (ver Sentencia del 2 de julio de 2008, radicación 26.122 y Auto del 23 de abril de 2008, radicación 29.339).

[136] SP1402-2017, 8 de febrero de 2017, radicación 46.099; sentencia de 28 de mayo de 2008, radicación 22.959; sentencia de 16 de marzo de 2006, radicación 21.378; sentencia de 20 de abril de 2005, radicación 21.576; sentencia de 6 de abril de 2005, radicación 21.356; sentencia de 16 de marzo de 2005, radicación 19.745; sentencia de 5 de febrero de 2004, radicación 21.942; sentencia de 4 de febrero de 2004, radicación 14.343. y sentencia de 9 de julio de 2002, radicación 19.590.

[137] Sentencia del 20 de marzo del 2003, radicación 19.960.

[138] Sentencia del 1 de enero de 2007, radicación 23.540.

[139] SP3339-2016.

[140] Ibidem.

[141] SP3633-2018, 29 de agosto de 2018, radicación 51.513.

[142] SP606-2018, radicación 47.680.

[143] Como se indicó en los antecedentes, la otra persona que fungió como intermediario financiero y que, al igual que el accionante, fue absuelta en primera instancia y condenado en segunda, también presentó recurso extraordinario de casación contra el fallo inculpatorio. En su escrito, el mencionado demandante planteó que la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio incurrió en diversos errores de hecho -falso juicio de existencia por omisión y suposición, falso juicio de identidad por tergiversación y falso

raciocinio–, que lo habrían conducido a establecer que él y el señor Ahumada Sabogal son responsables, en calidad de cómplices, del delito de peculado por apropiación. Lo anterior, al no haberse limitado a cumplir las funciones propias de los contratos suscritos –él, de agencia comercial con una sociedad de inversiones financieras, y Ahumada, de corretaje con VIMESA S.A.–, sino a colaborar, de manera ilícita, con los tesoreros del ente territorial en la consumación de sus acciones criminales. En este sentido, aseveró que ellos, tal y como lo sostuvo el a quo, únicamente desarrollaron las labores encomendadas como intermediarios del sistema financiero.

[144] En el Comunicado de prensa n.º 15, del 21 de mayo de 2019, se lee: «En el caso del señor Rodríguez Oviedo (expediente T-6.011.878), la Corte encontró que la sentencia condenatoria que le fue impuesta, en segunda instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, fue expedida con posterioridad al 24 de abril de 2016, fecha a partir de la cual, según la Sentencia C-792 de 2014, las autoridades judiciales estaban en la obligación de “dar trámite a la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena”, aunque el Congreso no hubiere legislado sobre el asunto».

[145] Al respecto, se pueden consultar las sentencias C-015 de 2018 y C-1122 de 2008 (con aclaración de voto de los magistrados Jaime Araújo Rentería y Rodrigo Escobar Gil, y salvamento de voto del magistrado Nilson Pinilla Pinilla).