

Sentencia T-1038/12

(Noviembre 30; Bogotá DC)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas y especiales de procedencia

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL PROCESO PENAL-Concreción/PRINCIPIO DE CONGRUENCIA-Formalidades de la indagatoria a la luz de la Ley 600/00

La jurisprudencia constitucional ha entendido que el marco de referencia del principio de congruencia de la sentencia se predica de un acto complejo comprendido por la resolución de acusación y el cambio realizado por el juez o por el fiscal. La congruencia no implica una armonía perfecta o identidad total entre el acto de acusación y el fallo, lo importante es que se señale un eje conceptual fáctico y jurídico para garantizar el derecho de defensa y la unidad lógica y jurídica del proceso, por tal razón “habrá congruencia si al condenar, la conducta se califica con la denominación jurídica que se le dio en la resolución de acusación, 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”. En otras palabras, el juez, como director del proceso, y gracias a la libertad de apreciación probatoria que tiene, puede dictar su sentencia con base en aquello que considere probado para acoger la inicial resolución acusatoria o la variación realizada por el fiscal en la audiencia, sin que esa decisión afecte la compatibilidad que se debe observar entre los cargos y el fallo.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia al no evidenciarse desconocimiento del principio de congruencia ni del derecho de defensa

Referencia: expediente T-3.040.139

Fallos de tutela objeto revisión: Al haberse inadmitido a trámite la acción de tutela por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se acudió directamente ante la Corte Constitucional con base en el Auto 100 de 2008 de esta Corporación.

Accionantes: Álvaro José Lloreda Caicedo y Jorge Alberto Lloreda Garcés.

Accionados: Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de

Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Demanda del accionante - elementos -:

Derechos fundamentales invocados: Debido Proceso, Derecho de Defensa, Buena Fe, Confianza Legítima, Acceso a la Administración de Justicia, Prevalencia del Derecho Sustancial sobre el Procedimental.

Conductas que causan la vulneración: (i) El Tribunal Superior habría violado el debido proceso al condenarlos por el delito de peculado a pesar de que la de calificación jurídica provisional habría variado al delito de estafa agravada, e incluso la condena de primera instancia fue por el mismo. Al haber condenado el Tribunal por el delito de peculado por apropiación afectó el derecho al debido proceso por dos circunstancias: No haber dado la posibilidad a la defensa de controvertir la variación de la calificación jurídica utilizada para la condena de segunda instancia y la violación del principio de congruencia entre acusación y condena. (ii) La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia habría violado el principio de congruencia y el derecho de defensa por inadmitir la demanda de casación que alegó que no se habría alegado la causal adecuada por haber atacado el fallo argumentando irrespeto del principio de congruencia, dando prevalencia a la ritualidad sobre el derecho sustancial Pretensiones: (i) Que se dejen sin efectos la sentencia del 7 de julio de 2009 proferida por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el auto de 18 de noviembre de 2010 proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (ii) Que se ordene al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Descongestión, que profiera una nueva en la cual decida si condena o absuelve por el delito de estafa agravada dentro del proceso seguido contra los señores Álvaro José Lloreda Caicedo y Jorge Alberto Lloreda Garcés.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

## I. ANTECEDENTES.

### 1. Demanda de tutela. Hechos, Fundamentos y Pretensiones.

## 1.1. Hechos<sup>1</sup>:

Por intermedio de apoderado<sup>2</sup>, los accionantes presentan demanda de tutela fundamentada en los siguientes hechos:

1.1.1. El 8 de febrero de 2000, la Fiscalía 98 Seccional de Bogotá abrió investigación previa por la presunta comisión del delito de peculado. El 6 de febrero de 2001, ordenó vincular mediante indagatoria a Álvaro José Lloreda Caicedo y Jorge Alberto Lloreda Garcés, sindicándolos del presunto delito de peculado por apropiación a favor de terceros. El 16 de julio de 2004 la Fiscalía profirió resolución de acusación contra varias personas, incluyendo a los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés, quienes fueron acusados como determinadores del delito de peculado por apropiación.

1.1.2. El 26 de febrero de 2007, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión condenó en primera instancia a los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés como coautores responsables del delito de estafa agravada, a pesar de que la acusación había sido por peculado por apropiación y no se había variado la calificación siguiéndose el procedimiento establecido en el artículo 404 de la ley 600 de 2000.

1.1.3. En segunda instancia el tribunal sostuvo que "...las conductas imputadas por vía de acusación (peculado por apropiación) y de la sentencia (estafa agravada) difieren en forma radical y sustancial, vulnerándose el derecho de defensa de los procesados..." En este sentido, el 13 de septiembre de 2007, en sentencia de segunda instancia el tribunal resolvió "...declarar la nulidad parcial a partir de la culminación de la etapa probatoria e intervención de la fiscalía inclusive, dentro de la audiencia pública, para que el aquo advierta la necesidad de la variación jurídica de peculado por apropiación a estafa agravada frente a Jorge Alberto Lloreda Garcés y Álvaro José Lloreda Caicedo; teniendo los sujetos procesales también, la oportunidad de pronunciarse sobre este nuevo delito. Nulidad que solo afecta lo actuado frente a estos procesados."

1.1.4. Así las cosas, el 12 de diciembre de 2007 se celebró audiencia de variación de la calificación jurídica provisional. En aplicación del art. 404 de la ley 600 de 2000, la Juez Segunda Penal del Circuito de descongestión, advirtió a la Fiscalía la necesidad de variar la

calificación jurídica, de manera que los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés no fueron procesados por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, sino por el de estafa agravada. Por tal razón, la Fiscalía admite la variación de la calificación jurídica provisional introducida por el juez de la instancia.

1.1.5. Dentro del término probatorio señalado por el Despacho el defensor de los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés allegó pruebas documentales y solicitó pruebas testimoniales, exclusivamente para desvirtuar el cargo de estafa. No obstante lo anterior, la Fiscalía al presentar sus alegatos de conclusión solicitó una condena por peculado, y subsidiariamente una condena por estafa agravada. Sin embargo, la variación de la calificación jurídica provisional únicamente contempló el cargo de estafa, pues la fiscalía había aceptado la variación insinuada por la juez y por lo tanto la resolución de acusación modificada fue por el delito de estafa agravada única y exclusivamente.

1.1.6. Los alegatos de conclusión presentados por la defensa se centraron en desvirtuar los elementos del tipo penal de estafa agravada. El 31 de julio de 2008, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Descongestión condenó a los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés como coautores responsables del delito de estafa agravada. A pesar de que la fiscalía en el alegato de conclusión planteó de forma dubitativa la hipótesis de otro delito, lo cierto fue que el recurso de apelación del defensor se circunscribió exclusivamente al delito de estafa, único por el que se llamó a juicio y se condenó en primera instancia.

1.1.7. El 7 de julio de 2009 el Tribunal Superior de Bogotá profirió sentencia de segunda instancia volviendo sobre la calificación jurídica abandonada dos años atrás. Así las cosas, el tribunal condenó a los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés “por haber sido hallados determinadores responsables del delito de Peculado por Apropiación”. Para sustentar esta decisión el tribunal afirmó que “como quiera que en el proceso se adoptaron varias determinaciones relativas a la calificación jurídica provisional de la conducta de los acusados Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés, resulta viable condenar por cualquiera de éstas, o una atenuada.”

1.1.8. Se señala que el defensor de los accionantes en tutela interpuso dos demandas de casación, una por cada procesado, con idénticos argumentos. Los cargos formulados en las demandas de casación fueron dos: (1) que la sentencia no fue dictada en concordancia con

los cargos formulados en la resolución de acusación y (2) que la sentencia omitió valorar pruebas debidamente allegadas al proceso.

1.1.10. Actualmente, se encuentra en firme la sentencia del 7 de julio de 2009, proferida por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en la cual los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés fueron condenados por haber sido determinadores del delito de peculado por apropiación.

## 1.2. Fundamentos Jurídicos.<sup>3</sup>

1.2.1. Se afirma que en variada jurisprudencia constitucional se ha aceptado la interposición de la acción de tutela contra providencias judiciales, estableciendo una serie de requisitos que en el presente caso son cumplidos. En efecto, se indica, (i) que el asunto que se discute es de relevancia constitucional por cuanto el principio de congruencia hace parte de las garantías del debido proceso y el acceso a la administración de justicia es un derecho constitucional. (ii) Los medios judiciales de defensa en el presente caso fueron todos agotados, pues se interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia condenatoria de segunda instancia. (iii) La sentencia de la Sala de Casación Penal fue proferida el 18 de noviembre de 2010. Esta acción se interpone cerca de tres meses contados a partir de la fecha en que fue notificada la sentencia.

1.2.2. Primera vía de hecho. Violación del principio de congruencia y el derecho de defensa por una condena hecha sobre un delito no imputado. La juez de instancia advirtió la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, y la fiscal admitió dicha variación. Esta audiencia, acorde con el art. 404 de la ley 600 de 2000, se suspendió con el fin de solicitar nuevas pruebas y examinar el expediente a la óptica del nuevo cargo de estafa agravada. La juez luego profirió la sentencia condenando a los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés como coautores del delito de estafa agravada. Apelada esa sentencia el Tribunal Superior de Bogotá revocó esa condena, y en su lugar, condenó a los procesados como determinadores del delito de peculado por apropiación, volviendo sobre la calificación jurídica que había sido abandonada por la Fiscalía en la audiencia de variación de la calificación jurídica provisional. Esta acusación fue convalidada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que inadmitió las demandas de casación presentadas en nombre de los accionantes en tutela.

Se asevera, que ambas decisiones constituyen vía de hecho, pues se vulnera el debido proceso por apartarse de las garantías del derecho de defensa en el proceso penal. En este caso se violó el principio de congruencia, que busca evitar que el procesado sea condenado por cargos que no hicieron parte de la acusación de la Fiscalía, y sobre los cuales no tuvo la oportunidad de defenderse.

Una vez la calificación jurídica fue variada por la Fiscalía y la resolución de acusación versó sobre el cargo de estafa agravada, los procesados se defendieron exclusivamente de ese cargo, utilizando las oportunidades procesales del término probatorio, la audiencia de juzgamiento y los alegatos de conclusión para desvirtuar concretamente el elemento de engaño que conforma el tipo penal de estafa, junto con el consecuente detrimento patrimonial en perjuicio del sujeto pasivo que debe ocurrir como resultado del engaño. En cambio, con la sentencia de segunda instancia los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés fueron condenados por peculado por apropiación, un delito del cual no tuvieron la oportunidad de defenderse. Así entonces, variar la calificación de segunda instancia para luego, inmediatamente, sin haber existido oportunidad alguna de defensa, pasar a condenar por un delito distinto al del fallo de primera instancia y al imputado en la resolución de acusación ya variada, es una violación flagrante del principio de congruencia y del derecho de defensa.

Por consiguiente, se señala, la decisión de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá, afectó materialmente el derecho de defensa. Las conductas de “engañar a otro” (estafa) y “apropiarse de dineros junto con otro” (peculado) son conductas excluyentes en este caso. Por ese motivo, era fundamental para el ejercicio del derecho de defensa conocer con certeza por cuál de los dos delitos estaban siendo acusados y habían sido condenados en primera instancia los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés, pues de esta manera la defensa tendría la posibilidad de diseñar la estrategia adecuada al delito imputado y solicitar la práctica de pruebas tendientes a desvirtuarlo. La defensa de los accionantes en tutela fue encaminada a defenderlos del cargo de estafa agravada. La actuación manifiestamente arbitraria se dio después del momento legalmente permitido para variar la calificación jurídica provisional, trámite que ya se había agotado y después del cual la defensa tenía el derecho a conocer definitivamente los cargos por los cuales los sindicados estaban siendo procesados.

En conclusión, el Tribunal Superior de Bogotá cometió vía de hecho al violar el principio de congruencia, condenando a los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés por un cargo frente al cual no tuvieron oportunidad de defenderse, pues desde la audiencia de variación de calificación jurídica provisional la defensa respondió al cargo de estafa agravada. Se indica igualmente, que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cometió también vía de hecho al inadmitir las demandas de casación presentadas con el cargo de violación del principio de congruencia, al sostener que el juez de segunda instancia tenía la facultad de condenar sobre cualquiera de los dos delitos; con ello la Corte Suprema no solo violó el principio de congruencia, sino que desconoció su propia jurisprudencia, las sentencias de constitucionalidad con efectos erga omnes en que la Corte fijó el alcance del principio de congruencia y la limitaciones a la variación de la calificación jurídica provisional.

1.2.3. Segunda vía de hecho. Violación del debido proceso y el acceso a la administración de justicia por un exceso ritual manifiesto en la casación. Se indica que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia inadmitió las demandas de casación por cuanto la modificación de la resolución de acusación al producirse de manera irregular, debió ser alegada no como una incongruencia entre la acusación y el fallo sino como una violación del debido proceso. Se argumentó también por la Sala de Casación que los fundamentos presentados “ no se ajustan a los presupuestos de la lógica que debe el discurso casacional, toda vez que resulta contradictorio criticar, por una parte, que la mutación de la calificación inicial de determinación del peculado por apropiación en coautoría de estafa agravada fue indebida por sobrepasar los límites del núcleo básico de los hechos y, de manera simultánea, que el Tribunal no podía condenar por delito distinto al fijado por la fiscalía según el trámite del art. 404 ya citado.”

Se indica que la modificación efectuada respecto de la nueva resolución de acusación y la posterior sentencia del Juzgado Segundo del Circuito, fue extensa y radical, pues se pasó de un delito -peculado por apropiación - a otro que se excluía con el primero - estafa agravada-. Se afirma en la demanda de tutela que la Sala de Casación Penal constató que en el proceso se había cometido este acto manifiestamente errado, pero consideró que éste debió haber sido alegado bajo la causal tercera - debido proceso- y no la causal segundo de casación-congruencia-.

Así las cosas, se manifiesta, al inadmitir la demanda la Corte Suprema de Justicia Sala Penal

por la supuesta contradicción “lógica” de argumentos y por estar alegada bajo la causal segunda y no la tercera, terminó exigiendo “el cumplimiento de rigorismos formales de forma irreflexiva”. Tal actuación es una vía de hecho que la Corte Constitucional ha denominado un exceso ritual manifiesto, este ocurre cuando un funcionario judicial desconoce el derecho sustancial en razón de un excesivo apego a rigores procesales, sin ninguna finalidad sustantiva que lo justifique en el caso concreto.

Por lo tanto, se agrega, la Sala de Casación Penal decidió inadmitir la demanda de casación porque en su sentir no era posible argumentar que la condena por el delito de peculado estaba errada si en un principio la variación de la calificación jurídica provisional había sido irregular, y que en todo caso, un ataque contra esa variación debía dirigirse por medio de la tercera y no la segunda causal de casación. Con esto la Sala Penal desconoció abiertamente el derecho sustancial, a pesar de haber descrito objetivamente los hechos constitutivos de la incongruencia. Si la Sala consideraba que la variación en sí misma era arbitraria, se indica, debió haber casado la sentencia, en lugar de inadmitirla por considerar que ese defecto debió haber sido alegado como “una violación del debido proceso” en lugar de una “violación del principio de congruencia”, cuando la incongruencia es una violación del debido proceso y cuando la causal de casación específica por incongruencia estaba expresamente establecida en las leyes aplicables.

Se alega además que, siendo la incongruencia en sí misma una violación al debido proceso, en realidad se podría afirmar que la causal segunda y tercera en el presente caso eran la misma. Igualmente se expresa que la motivación para responder a los argumentos planteados por la defensa fue insuficiente. Así las cosas, con base en lo expuesto se habrían denegado la aplicación de la justicia material, violándose el art. 228 constitucional y por ende también se desconoció el principio de instrumentalidad de las formas.

En conclusión, se afirma, la Sala de Casación Penal incurrió en un exceso de ritual manifiesto al inadmitir la demanda de casación por este segundo motivo, de manera adicional a la primera vía de hecho ya esbozada.

1.2.4. La afectación material del derecho de defensa. El derecho de defensa de los accionantes en tutela fue afectado materialmente por las arbitrariedades presentadas en el proceso penal. En primer lugar, la calificación jurídica fue variada de manera tan radical y

extensiva en la sentencia de segunda instancia que condenó por peculado por apropiación, que se modificó el núcleo básico de la conducta imputada. La defensa controvertió el delito de estafa agravada, el juzgado de primera instancia precisamente condenó por el delito de estafa agravada, por lo cual al interponer el recurso de apelación, la defensa impugnó la condena por estafa agravada. El Tribunal Superior revocó la sentencia de primera instancia, para en su lugar imponer una condena por el delito de peculado, sin darle a la defensa oportunidad alguna de defender a los procesados de ese delito. Así las cosas, la actuación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal constituye un desconocimiento del derecho sustancial de defensa por el seguimiento rígido y excesivo de reglas formales, que desconoce el derecho de acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial.

1.2.5. El irrespeto al acto propio en que incurrió el Tribunal Superior de Bogotá torna aún más grosera la violación del debido proceso. El 13 de septiembre de 2007 , dentro del proceso penal que se viene tratando, el Tribunal Superior de Bogotá decidió “declarar la nulidad parcial, a partir de la culminación de la etapa probatoria e intervención de la fiscalía inclusive, dentro de la audiencia pública, para que el a quo advierta la necesidad de la variación jurídica de peculado por apropiación a estafa agravada frente a Jorge Alberto Lloreda Garcés y Álvaro José Lloreda Caicedo; teniendo los sujetos procesales también, la oportunidad de pronunciarse sobre este nuevo delito. Nulidad que solo afecta lo actuado frente a estos procesados.”

Dos años después, el Tribunal omitió todo lo que había considerado, sosteniendo que la distinción entre una y otra conducta era irrelevante, pues “en el proceso se adoptaron varias determinaciones relativas a la calificación jurídica provisional de la conducta de los acusados Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés” por lo cual “resulta viable condenar por cualquiera de éstas o una atenuada”.

Así las cosas, el Tribunal Superior de Bogotá irrespetó un acto propio, en violación de los principios de buena fe y confianza legítima, ya que ese cambio de posición sorprendió a la defensa.

### 1.3. Pretensión.

Se solicita en la demanda de tutela que (i) se dejen sin efectos la sentencia de 7 de julio de

2009, proferida por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá y el auto de 18 de noviembre de 2010, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso penal que se debate acá y que se llevó contra los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés. (ii) Se ordene al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de Descongestión, o quien haga sus veces, que profiera una nueva sentencia en la cual decida si condena o absuelve por el delito de estafa agravada dentro del mismo proceso atrás señalado.

2. Vinculación Oficiosa de las demandadas en sede de Tutela y de Terceros que pueden resultar afectados con las determinaciones que se tomen.

En la presente demanda de tutela se cumplieron los presupuestos establecidos en el Auto 100 de 2008. Por tal razón, mediante auto de tres (3) de agosto de 2011, se vinculó oficiosamente a las entidades judiciales demandadas, esto es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y a la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; por las mismas razones se vinculó oficiosamente al Ministerio de Protección Social y al Municipio de Santiago de Cali- Departamento del Valle del Cauca-, como terceros que pueden resultar afectados con las determinaciones que se tomen en la presente acción de tutela. Al respecto se respondió:

2.1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

En respuesta a la acción de tutela, se informa que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante proveído del 18 de noviembre de 2010, decidió sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el defensor común de Álvaro José Lloreda Caicedo y Jorge Alberto Lloreda Garcés contra la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Descongestión de Foncolpuertos. En el citado auto, se afirma, se dispuso inadmitir las demandas de casación presentadas por el apoderado común de los procesados Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés.

2.2. Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal.

Al respecto se informa que el proceso fue inicialmente asignado por reparto a la Sala de Decisión presidida por la Dra. Castro Hernández, y posteriormente, al despacho del Magistrado Luna Corrales, quien profirió la sentencia del 7 de julio de 2009, cuyo contenido

atacan los accionantes por vía de tutela. Sin embargo, se asevera, como las medidas de descongestión adoptadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para tales procesos, finalizaron y teniendo en cuenta que aún quedaban procesos pendientes de trámite, fueron asignados por reparto entre los demás magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por lo cual el proceso fue recibido en el Despacho de quien suscribe la respuesta- Dr. Luis Mariano Rodríguez Roa- sólo hasta el 21 de septiembre de 2009 y únicamente para impartir el trámite subsiguiente a la sentencia, esto es, lo relacionado con la concesión del recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados, mismo que en efecto fue concedido mediante auto del 23 de septiembre de 2009. El expediente fue remitido a la Corte Suprema de Justicia para surtir el trámite del aludido recurso extraordinario y una vez devuelto con auto inadmitiendo las demandas de casación, se ordenó obedecer y cumplir lo resuelto por esa superioridad y remitir las diligencias al juzgado de origen, mediante auto de 13 de diciembre de 2010.

### 2.3. Ministerio de Protección Social.

Se manifiesta que la acción de tutela no es un mecanismo jurídico establecido para corregir los errores en los que incurran los intervinientes en un proceso judicial adelantado por las autoridades competentes, sea cual fuere la naturaleza de éste. Por consiguiente, los accionantes no pueden acudir a la solicitud de amparo para corregir el yerro en que incurrió su defensor al interponer el recurso extraordinario de casación, cuyas demandas fueron inadmitidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en auto de 18 de noviembre de 2010. Se agrega, que no puede construirse argumento jurídico alguno para sostener válidamente que el referido auto emitido por la Corte sea constitutivo de una vía de hecho, pues mal puede afirmarse - sin contrariar la lógica- que la Sala incurrió en dicha vía por “exceso ritual manifiesto”, puesto que, justamente, la técnica es la característica que da existencia al recurso extraordinario de casación.

Admitir la tesis del apoderado de los accionantes, se indica, significaría, ni más ni menos, abrir una compuerta para que el recurso extraordinario de casación se convierta en un recurso más de apelación o en un alegato de instancia, pues el sentenciador extraordinario, so pretexto de que podría incurrir en “exceso ritual manifiesto”, tendría en todos los casos que corregir los yerros de todo tipo que se plasmen en la demanda, lo cual, desnaturaliza el recurso. Se insiste en que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en auto de

18 de agosto de 2010 manifestó que "...una vez introducida la nueva calificación, al juzgador le está dado fallar por esta última, o bien por la acusación inicialmente fijada en la resolución de acusación, tal como lo admite el recurrente; lo anterior, por cuanto como la Corporación lo ha precisado, surge nítido que el procesado ha conocido y tenido la oportunidad de controvertir las dos imputaciones, de suerte que la condena por una cualquiera de ellas no viola el derecho de defensa.(...)

La petición formulada por la fiscal al terminar su intervención en la vista pública no significó una segunda mutación de la resolución de acusación, sino una solicitud que (aún cuando puede calificarse como superflua y hasta antitécnica) se aviene a los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Sala, en el sentido de que el juzgador puede- sin necesidad que así lo recuerde el fiscal acusador, como ocurrió en este caso- condenar por el delito fijado al calificar el mérito del sumario, o bien por el fijado en los términos del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2000".

Se señala en la intervención, que todo ello lo reseñó la Corte para poner de presente que el apoderado de los entonces procesados había incurrido en errores insalvables al formular la demanda, lo cual, no puede remediarse ahora a través de la acción de tutela, sobre la base de que el apoderado de los accionantes considere que la Sala accionada incurrió en vía de hecho por "exceso ritual manifiesto", pues se recalca, la misma Corte Constitucional ha dicho que ello no resulta posible.

Por las razones expuestas, se solicita a la Corte Constitucional que rechace la acción de tutela interpuesta, por improcedente, por cuanto las autoridades judiciales accionadas no han vulnerado derecho fundamental alguno

3. En el presente caso no existen decisiones de tutela objeto de Revisión.

3.1. El Auto 100 de 2008 de la Corte Constitucional.

Ante la evidencia por parte de la Corte Constitucional de que las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia no admitían a trámite las acciones de tutela interpuestas por las personas contra providencias judiciales emitidas por las Salas de dicha Corporación, este

Tribunal, interpretando la Constitución, estableció que en dichos eventos se presentaba una vulneración de los derechos fundamentales de los quejosos. Así las cosas, se estableció mediante el Auto A-004 de 2004, un procedimiento a seguir en el evento que se presentaran casos como el mencionado, al respecto se afirmó:

“Por lo tanto, si la Constitución Política (art. 86), el Decreto 2591 de 1991 (art. 1º), y el Decreto Reglamentario 1382 de 2000, establecen que la tutela procede contra cualquier autoridad pública y no solo en contra de las autoridades administrativas, y así lo han reiterado la Corte Constitucional en sus sentencias sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales por vía de hecho y el Consejo de Estado en la sentencia anteriormente citada, es evidente que lo resuelto por las diferentes Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia al no admitir a trámite las acciones de tutela que interponen las personas contra providencia judicial proferida por una Sala de dicha Corporación, les vulnera su derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia (C.N., art. 229) y a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales, de conformidad con los Tratados Internacionales (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 25), y las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-11/90, OC-16/99).

Le corresponde por lo tanto a la Corte Constitucional, como máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional, impedir que continúe la violación advertida, dado que las solicitudes de tutela en los casos en que las diferentes Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia resuelven no admitir su trámite, no pueden quedar sin solución alguna.

Pese a lo anterior, no es posible, como regla general, que la respectiva Sala de Selección disponga lo pertinente sin que las tutelas hubieren surtido el trámite propio de las instancias.

En estos casos entonces, con fundamento en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991, que dispone que son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud, y con el fin de que las personas logren que se pueda disponer lo pertinente en relación con la revisión de dichas acciones de tutela, los accionantes tienen el derecho de acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado),

incluida otra Corporación de igual jerarquía, solicitando la tutela del derecho fundamental que consideran violado. Es claro que el juez escogido por el actor o actores no podrá suscitar conflicto de competencia con la Corte Suprema de Justicia pues es la autoridad que ya con anterioridad ha resuelto no admitir su trámite.

Tampoco podrá negarse la tutela respectiva con fundamento en la temeridad o mala fe del accionante, por cuanto para estos casos, al no existir una decisión de fondo, la vulneración sobreviniente del derecho de acceso a la administración de justicia justifica la nueva interposición de la acción de tutela.

Finalmente, es necesario dar un tratamiento igual a otros ciudadanos que puedan encontrarse en la misma situación aquí advertida. Por ello, para los casos en que exista la misma situación de vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y la no tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales, los ciudadanos tienen el derecho de acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado), incluyendo una Corporación de igual jerarquía a la Corte Suprema de Justicia, para reclamar mediante una acción de tutela la protección del derecho fundamental que consideran violado con la actuación de una Sala de casación de la Corte Suprema de Justicia.”

Así las cosas, se determinó que en aquellos eventos en los cuales alguna de las Salas de la Corte Suprema de Justicia no diese trámite a una acción de tutela contra una providencia judicial emitida por una de sus Salas, con base en el art. 37 del Decreto 2591 de 199, las personas tendrían el derecho de acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado), incluyendo una Corporación de igual jerarquía a la Corte Suprema de Justicia, para reclamar mediante la acción de tutela la protección del derecho fundamental que consideraran violado con la actuación de una Sala de Casación de dicha Corte.

Ahora bien, al comprobar que en algunos eventos la denegación de administración de justicia persistía -por cuanto las personas al haber acudido al trámite establecido en el Auto 004 de 2004 tampoco obtuvieron de los cuerpos colegiados o unipersonales el análisis de sus solicitudes de protección de derechos fundamentales- la Corte Constitucional, mediante el Auto A-100 de 2008, optó por señalar una nueva vía en aras de las protección de los derechos mencionados. Al respecto indicó:

“ Debido a la efectiva conculcación de los derechos fundamentales de acceso a la

administración de justicia y de tutela judicial efectiva de los accionantes que puede tener lugar en casos similares al estudiado en la presente decisión, en el cual a pesar que el peticionario hizo uso de la regla fijada en el Auto 04 de 2004 y ante la negativa de la Corte Suprema de Justicia a admitir la acción instaurada acudió ante otras autoridades judiciales las cuales tampoco abocaron el conocimiento de la petición presentada, en adelante, cuando se presente una situación semejante en la cual la Corte Suprema de Justicia no admita a trámite una acción de tutela contra una de sus providencias, el tutelante tendrá la opción de

(i) acudir a la regla fijada en el Auto 04 del 3 de febrero de 2004, es decir, presentar la acción de tutela ante cualquier juez (unipersonal o colegiado) o incluso ante una corporación judicial de la misma jerarquía de la Corte Suprema de Justicia; o

(ii) solicitar ante la Secretaría General de la Corte Constitucional, que radique para selección la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia en la cual se concluyó que la acción de tutela era absolutamente improcedente, con el fin de que surta el trámite fijado en las normas correspondientes al proceso de selección. Para este efecto, el interesado adjuntará a la acción de tutela, la providencia donde se plasmó la decisión que la tutela era absolutamente improcedente, así como la providencia objeto de la acción de tutela.”

En consecuencia, ante la posibilidad de que no se dé el trámite predeterminado en el Auto 004 de 2004, la Corte Constitucional estableció una nueva vía garantista de los derechos fundamentales, consistente en que en aquellas circunstancias en las cuales los cuerpos colegiados o unipersonales no cumplan lo señalado en el auto de 2004, las personas podrán remitir a la Secretaria de la Corte Constitucional la mencionada tutela con el fin de que surta los trámites relacionados con la selección de tutelas para revisión.

3.2. De la solicitud de tutela bajo estudio se desprende lo siguiente:

- La demanda de tutela de los señores Álvaro José Lloreda Caicedo y Jorge Alberto Lloreda Garcés, fue presentada a través de apoderado, ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el dos (2) de marzo de dos mil once (2011)4.

- La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante providencia de dieciséis (16) de marzo de dos mil once (2011) y con fundamento en que dicha Corporación es el máximo

tribunal de la de jurisdicción ordinaria, decide “no admitir a trámite la acción de tutela de la referencia”. Se manifiesta también que “respecto de la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, la Sala entiende que no hay lugar a disponerla por las mismas razones que fincan la determinación que así se tomará”.<sup>5</sup>

- El apoderado de los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés, mediante escrito presentado en esta Corporación el día treinta (30) de marzo de dos mil once (2011), solicita directamente a la Corte Constitucional que se otorgue el trámite de selección a la tutela inadmitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, con base en la segunda alternativa señalada en el Auto 100 de 2008, dictado por este Tribunal.

- Acorde con los requisitos establecidos en el mencionado Auto, el apoderado de los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés, adjuntó (i) la acción de tutela<sup>6</sup>, (ii) la providencia donde se plasmó la decisión de inadmitir la tutela<sup>7</sup> y (iii) las providencias objeto de tutela.<sup>8</sup>

- Mediante Auto de veintiocho (28) de abril de dos mil once (2011) la Sala de Selección de Tutela No 4 decidió en su numeral primero seleccionar para revisión el expediente de tutela de radicación T-3.040.139 Actores: Álvaro José Lloreda Caicedo y Jorge Alberto Lloreda Garcés.

Así las cosas, y cumpliéndose los presupuestos establecidos tanto en el Auto 100 de 2008 como los indispensables para la selección de una tutela, esta Sala se pronunciará sobre la solicitud de amparo requerida.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

### 1. Competencia

Es competente esta Sala para pronunciarse sobre la demanda de tutela de radicación T-3.040.139, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso tercero y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en el Auto 100 de 2008 de esta Corporación.

### 2. Causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En la Sentencia C-590 de 2005 se fijaron como requisitos generales para la procedibilidad de

la acción de tutela contra decisiones judiciales, cuya existencia debe ser verificada por el juez de amparo, los siguientes: (i) Que el asunto que se discuta implique una evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes.; (ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial ordinarios o extraordinarios excepto cuando lo que se pretende es evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, lo que significa que la tutela debe interponerse en un término razonable a partir del hecho que originó la vulneración<sup>9</sup>; (iv) Si lo que se alega es la existencia de una irregularidad procesal, debe ser evidente que la misma tiene (a) un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y (b) afecta los derechos fundamentales del accionante, salvo cuando se trate de una prueba ilícita obtenida con violación de esos derechos<sup>10</sup>; (v) Que el demandante identifique tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado dentro del proceso judicial tal vulneración si ello hubiese sido posible; (vi) Que no se trate de fallos de tutela<sup>11</sup>.

## 2.1. Procedencia en el caso concreto.

### 2.1.1. Que el asunto tenga relevancia Constitucional

El presente caso tiene relevancia constitucional por cuanto se pretende proteger derechos establecidos en la Constitución como el debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental.

En efecto, el debido proceso constitucional aboga por la protección de las garantías esenciales o básicas de cualquier proceso. En criterio de la Corte<sup>12</sup>, tales garantías esenciales son el derecho al juez natural; el derecho a presentar y controvertir las pruebas; el derecho de defensa -que incluye el derecho a la defensa técnica-; el derecho a la segunda instancia en el proceso penal; el principio de predeterminación de las reglas procesales o principio de legalidad; el derecho a la publicidad de los procesos y decisiones judiciales y la prohibición de juicios secretos. Con base en el debido proceso constitucional se pueden atacar decisiones que anulen o restrinjan, de manera grave, el equilibrio procesal entre las partes; lo anterior equivale a decir que el juez de tutela debe proteger a la parte procesal que ha quedado indefensa frente a los excesos del juez ordinario<sup>13</sup>. Precisamente, estas características del debido proceso constitucional son las que se pretenden hacer valer en la acción de tutela presentada.

En relación con el acceso a la administración de justicia y la primacía del derecho sustancial sobre el formal; son principios respaldados por disposiciones constitucionales<sup>14</sup>, en el presente caso su posible vulneración adquiere una preeminencia constitucional por las tensiones que se producen entre el debido proceso, el derecho de defensa y la imposición de una condena penal por la vulneración de un bien jurídico protegido por la ley penal.

#### 2.1.2. Que se hayan agotado los mecanismos de defensa judicial.

Entienden los demandantes en tutela que los medios judiciales de defensa en el presente caso fueron todos agotados, pues se interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia condenatoria de segunda instancia. Ahora bien, si bien es cierto el recurso extraordinario de casación contra la providencia mencionada fue interpuesto, también lo es que dicho recurso mediante providencia de 16 de marzo de 2011 fue inadmitido, en consecuencia el recurso no fue desatado o decidido.

Así las cosas, en el evento de tomarse una posición formal al respecto se podría asegurar que el mecanismo de defensa judicial - recurso extraordinario de casación- en realidad no fue utilizado por cuanto al ser inadmitido no se agotó la posibilidad de que la Jurisdicción Ordinaria en cabeza de la Corte Suprema de Justicia- Sala Penal se pronunciara sobre el caso. No obstante, precisamente por cuanto una de las discusiones del presente caso gira en torno a la inadmisión del recurso extraordinario de casación, entiende esta Sala cumplido el requisito de agotamiento de los mecanismos de defensa judicial.

#### 2.1.3. Cumplimiento del requisito de inmediatez.

En forma reiterada, a partir de la Sentencia SU-961 de 1999<sup>15</sup>, la inmediatez ha sido tratada por la Corte Constitucional como requisito para la interposición de la acción de tutela. En dicha sentencia se precisó que en cada caso concreto es el juez quien debe establecer la razonabilidad del término transcurrido entre el hecho vulnerante y la fecha en que se solicita el amparo, “impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción”<sup>16</sup>.

Al evolucionar el concepto de inmediatez la Corte estableció algunos aspectos que deberían

tomarse en cuenta, al momento de establecer la oportunidad en la presentación de una solicitud de amparo, entre ellos: “1) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; 2) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y 3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados”<sup>17</sup>

La importancia de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, se ha destacado en razón de proteger la seguridad jurídica generada por el carácter de cosa juzgada de las decisiones que adoptan los jueces. Por ello, aún admitiéndose de manera excepcional la tutela contra providencias judiciales cuando se prueba la existencia de las condiciones de procedibilidad establecidas para estos casos, la protección de la seguridad jurídica y los derechos de terceros demanda la solicitud inmediata del amparo que, de no presentarse, desvirtúa la necesidad de la protección inmediata al igual que la existencia de un perjuicio irremediable inminente que deba ser conjurado<sup>18</sup>.

En el presente caso, acorde con lo expresado en el acápite anterior, la providencia que inadmitió el recurso extraordinario de casación fue emitida el dieciocho (18) de noviembre de dos mil diez (2010),<sup>19</sup> por su parte, la acción de tutela incoada a través de apoderado por los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés, fue presentada el dos (2) de marzo de dos mil once (2011). En este orden de ideas, la demanda de tutela fue presentada tres meses y quince días después del último pronunciamiento judicial; tiempo que estima esta Corporación razonable y prudente.

Por lo demás, los demandantes en sede de tutela (i) identifican claramente las posibles irregularidades procesales en que incurrieron las providencias atacadas, (ii) denotan los posibles hechos violatorios de los derechos fundamentales y la autoridad que los produjo y (iii) evidentemente no se trata de una acción contra un fallo de tutela.

En consecuencia, la demanda de tutela contra las providencias emitidas por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cumple con los requisitos señalados por esta Corporación, en relación con la procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

### 3. Planteamiento del Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala de Revisión establecer si la Sentencia de la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá de 7 de julio de 2008 y la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 18 de noviembre de 2010, dictadas dentro del proceso penal seguido contra los accionantes en tutela señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés, produjeron la vulneración de los derechos fundamentales al debido Proceso, al derecho de defensa, a la buena fe y la confianza legítima, al acceso a la administración de justicia, a la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, de los accionantes en tutela señores Álvaro José Lloreda Caicedo y Jorge Alberto Lloreda Garcés.

La Corte deberá analizar en relación con el caso (i) las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, para posteriormente establecer (ii) si la variación en la calificación jurídica que sirvió como sustento para la condena de los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés, entre la primera y la segunda instancia - estafa agravada a peculado por apropiación-, vulneró el derecho de defensa y el debido proceso de los accionantes, al no haberse podido ejercer la defensa técnica respecto del delito por el que finalmente se les condenó. En caso de que se identifique que en la actuación del Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Descongestión Penal, no se afectaron los derechos fundamentales del actor, se establecerá si la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que inadmitió el recurso de casación vulneró el acceso a la administración de justicia y la primacía del derecho sustancial sobre el procedimental, señalado en la Constitución.

#### 4. Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En Sentencia C-590 de 200520 esta Corporación precisó las causales especiales de procedibilidad de la acción de amparo contra sentencias, especificando que cualquiera de ellas que se invoque debe estar plenamente probada. Tales causales son:

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>21</sup> o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido<sup>22</sup>, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. 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. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado<sup>23</sup>.

i. Violación directa de la Constitución”.<sup>24</sup>

Considerando que en el caso concreto los accionantes, señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés, alegan que las providencias atacadas incurren en vías de hecho, dado lo planteado en el escrito de tutela, esta Sala considera oportuno analizar los defectos sustantivo y procedimental.

#### 4.1. El defecto sustantivo en la jurisprudencia constitucional.

En diferentes pronunciamientos, la Corte ha ido precisando el ámbito de lo que ha denominado defecto sustantivo como una condición de procedibilidad de la tutela contra las providencias judiciales<sup>25</sup>. Al respecto ha señalado que se presenta, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente, b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada, c) es inexistente d) ha sido declarada contraria a la Constitución, e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, “no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a

la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”<sup>26</sup> (ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”<sup>27</sup> o cuando en una decisión judicial “se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial”<sup>28</sup> (iii) cuando no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes, (iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”<sup>29</sup> (vi) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso, (vi) cuando se desconoce la norma del ordenamiento jurídico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto.

Se considera también que existe un defecto sustantivo en providencias judiciales: (vii) cuando la actuación no está justificada en forma suficiente de manera que se vulneran derechos fundamentales; (viii) cuando sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial; o (ix) “cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una violación manifiesta de la Constitución”<sup>30</sup>.

#### 4.2. Defecto procedimental en la jurisprudencia de la Corte.

El defecto procedimental, ocurre cuando el juez de instancia actúa completamente ajeno al procedimiento establecido<sup>31</sup>, es decir, se desvía de su deber de cumplir con las “formas propias de cada juicio”<sup>32</sup> generando con ello la violación o amenaza a los derechos fundamentales de las partes. En estas circunstancias, el error procesal debe ser manifiesto, debe extenderse a la decisión final, y no puede ser en modo alguno atribuible al afectado. Igualmente la jurisprudencia ha señalado que dicho defecto se presenta cuando (i) el funcionario sigue un trámite por completo ajeno al pertinente (desvía el cauce del asunto)<sup>33</sup>, o cuando (ii) el funcionario pretermite etapas sustanciales del procedimiento legalmente establecido<sup>34</sup>. También se ha señalado por esta Corte que ante la ocurrencia de un defecto de tipo procedimental, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios: (i) que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter

subsidiario de la acción de tutela; (ii) que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales; (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello haya resultado imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico; y (iv) que como consecuencia de lo anterior, se presente una vulneración a los derechos fundamentales.

Ahora bien, no toda irregularidad que se presente en un proceso es susceptible de control por vía de tutela, solo sería viable en aquellos casos donde la anormalidad es irreconciliable con el ordenamiento jurídico y por ende ha vulnerado derechos fundamentales.<sup>35</sup> Se ha indicado:

“Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. Sólo las actuaciones judiciales que realmente contengan una decisión arbitraria, con evidente, directa e importante repercusión en el proceso, en perjuicio de los derechos fundamentales, pueden ser susceptibles de ataque en sede constitucional.

[...]La vía de hecho -excepcional, como se ha dicho- no puede configurarse sino a partir de una ruptura flagrante, ostensible y grave de la normatividad constitucional o legal que rige en la materia a la que se refiere el fallo” <sup>36</sup>

Específicamente se ha manifestado que el defecto procedimental aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido<sup>37</sup>. Así entonces, se ha entendido que “Cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones y actúa de forma arbitraria y caprichosa, con fundamento en su sola voluntad, se configura el defecto procedimental. El defecto procedimental se erige en una violación al debido proceso cuando el juez da un cauce que no corresponde al asunto sometido a su competencia,”. No obstante, debe insistirse que la jurisprudencia ha afirmado que el incumplimiento de las formalidades debe estar revestido de suficiente entidad para que el mismo pueda considerarse como una vía de hecho.<sup>38</sup> Sólo cuando quien administre justicia haya actuado completamente por fuera del procedimiento establecido se configura una vía de hecho de carácter procedimental.

5. El proceso penal, el principio de congruencia y la variación de la calificación jurídica provisional en la ley 600 de 2000.

#### 5.1. El marco procesal de la Ley 600 de 2000.

Uno de los principios orientadores del proceso penal que estructuran tanto el debido proceso como el derecho de defensa, es el de congruencia, el cual se pregona de la sentencia y de la resolución de acusación. Precisamente es esta última la que señala los parámetros en los cuales debe moverse el juez durante el juzgamiento y los cuales sirven de sustento a la sentencia, en consecuencia no existe la posibilidad de “introducir hechos no comprendidos en la resolución de acusación, ni agravantes, ni, en fin, hacer, de alguna manera, más gravosa la situación del procesado”<sup>39</sup>, lo que se busca es en esencia otorgar certidumbre al procesado respecto de los hechos y una imputación jurídica inequívoca, sobre los que se soportará la decisión. En este orden de ideas, la Fiscalía General de la Nación al momento de efectuar la acusación, debe señalar los sustentos fácticos que sirven de base a la acción penal - núcleo fáctico - , y realizar igualmente la calificación jurídica del hecho cometido - núcleo jurídico -, para que de esta forma, el juez determine la decisión que corresponda.

El estatuto procesal penal consagrado en la Ley 600 de 2000 ha señalado que la calificación jurídica determinada por el fiscal, tiene un carácter provisional, existiendo por consiguiente la posibilidad de que la calificación sea alterada en la etapa de juzgamiento, con el cumplimiento de algunos requisitos previos. En efecto, en el libro II de la norma se hacía referencia a la investigación o instrucción del proceso, a los requisitos indispensables para la apertura de una investigación penal, los parámetros generales que se debían seguir para resolver la situación jurídica de un procesado, entre otros. En el título III de dicho libro se trató de manera específica el tema de la calificación de la investigación. Se afirma, entonces, que cuando se haya recaudado la prueba necesaria para calificar o se haya vencido el término de instrucción, mediante providencia se declarará cerrada la investigación y se ordenará que el expediente se califique<sup>40</sup>. La investigación se puede calificar, acorde con el procedimiento señalado anteriormente, profiriendo resolución de acusación o resolución de preclusión de la instrucción<sup>41</sup>.

Se puede dictar resolución de acusación cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves,

documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado<sup>42</sup>. Cuando se decida dictar resolución de acusación, esta debe contener, entre otras, (i) La narración de la conducta investigada, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la especifiquen, (ii) La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación y (iii) La calificación jurídica provisional<sup>43</sup>. Esta calificación jurídica, en tanto provisional, implica la facultad posterior de parte del juez de modificarla.

Ahora bien, el libro III de la mencionada ley 600 de 2000, determina la etapa del juicio dentro del proceso penal, el cual comienza con la ejecutoria de la resolución de acusación, con la cual adquiere competencia el juez encargado del juzgamiento.<sup>44</sup> Al interior de dicho trámite, el juez debe citar a los sujetos procesales a una audiencia preparatoria en la cual se resolverá sobre las nulidades y pruebas a practicar en audiencia pública<sup>45</sup>. En la audiencia pública de juzgamiento<sup>46</sup>, el juez interrogará personalmente al sindicado acerca de los hechos y sobre todo aquello que conduzca a revelar su personalidad, los sujetos procesales pueden interrogar al sindicado y se procederá a la práctica de las pruebas.

Pues bien, luego de la práctica de las pruebas en la audiencia de juzgamiento, es posible modificar la calificación provisional dada a la conducta punible, ante la identificación de un error en la calificación o de la aparición de pruebas sobrevinientes 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. Si se da esta situación, la Ley 600 de 2000 manda proceder de la siguiente manera: (i) en el evento en el cual sea el Fiscal General de la Nación o su delegado, quien 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; después de lo anterior se corre 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; (ii) en el evento en el cual sea el juez quien advierta la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, 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. Así las cosas, en el caso en el cual el Fiscal admita variar la calificación jurídica se correrá traslado de dicha actuación a los demás sujetos procesales de la manera indicada con anterioridad.<sup>47</sup> Luego de dichas actuaciones, lo procedente es

dictar sentencia.<sup>48</sup>

Por consiguiente, la posibilidad de que el ordenamiento jurídico habilite variar la calificación jurídica – por su carácter de provisional- implica que la calificación no necesariamente debe ser inmodificable sino que lo importante es que el procesado pueda alterar su estrategia defensiva y contradecir los hechos nuevos a la vez que se garantice el principio de congruencia entre acusación y sentencia.

## 5.2. Jurisprudencia Constitucional.

Mediante Sentencia C-491 de 1996 la Corte Constitucional analizó la disposición jurídica que definía el carácter provisional de la resolución de acusación estando vigente el Decreto 2700 de 1991, y afirmó que entender inmodificable lo indicado en la resolución de acusación llevaría a violentar el valor de la justicia. Por ende, “el funcionario o corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se dio principio al proceso”.

Pues bien, al analizar la causal de casación contenida en el numeral 2° del artículo 220 del Decreto 2700 de 1991- relacionada con la congruencia entre la resolución de acusación y la sentencia- esta Corte en sentencia de constitucionalidad C-541 de 1998, encontró la disposición exequible manifestando que el recurso de casación en materia penal, era el instrumento procesal con el que cuenta inicialmente el interesado para resolver la falta de consonancia entre la acusación y la sentencia. Los fundamentos de dicha decisión se estructuraron sobre la base de que (i) el enjuiciado debe conocer previamente a la sentencia, los motivos por los cuales es acusado por el Estado; (ii) a pesar de las modificaciones que se introduzcan a la acusación, éstas no pueden ser de tal naturaleza que rompan la consonancia entre la acusación y la sentencia y (iii) al enjuiciado no se le puede sorprender con hechos nuevos sobre los cuales no tenga oportunidad de defenderse. Al respecto, concluyó la sentencia:

Cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en algunas providencias, de las cuales se pueden citar, entre otras, las siguientes : sentencia radicada bajo el número 9117, del 2 de agosto de 1995 ; sentencia radicada bajo el número 9756, del 17 de junio de 1998, ha manifestado que en la sentencia no se pueden introducir hechos no comprendidos en la resolución de acusación, ni agravantes, ni, en fin, hacer, de alguna

manera, más gravosa la situación del procesado, y, cuando alguno de estos eventos ha sucedido, ha casado la sentencia recurrida, lo cual está acorde con lo dispuesto en los artículos 29 y 229 de la Constitución<sup>49</sup>.

Mediante Sentencia C-620 de 2001, la Corte Constitucional analizó varios artículos de la ley 600 de 2000, entre ellos, el artículo 404<sup>50</sup> sobre la variación de la calificación jurídica provisional, el cual declaró exequible en la parte acusada; señalando que la resolución de acusación no es definitiva por cuanto el proceso penal no se agota con la investigación, por tal razón en la etapa de juzgamiento “el juez puede modificarla si, luego del análisis del acervo probatorio, encuentra que el delito establecido por el fiscal en la acusación no corresponde a la conducta realmente llevada a cabo por el procesado. Es inadmisibles entender que la posibilidad de modificar la calificación jurídica vulnera el derecho de defensa, ya que sería absurdo sostener que su protección radica en la permanencia en el error o la omisión en que haya podido incurrir el fiscal al proferir dicha providencia. Adicionalmente, la provisionalidad de la calificación responde a la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso, toda vez que protege la presunción de inocencia, la cual sólo se desvirtúa con la sentencia condenatoria.”

Como resultado de un nuevo estudio, a través de la Sentencia C-1288 de 2001, la Corte declaró la exequibilidad del inciso primero del numeral 2° del artículo 404 de la ley 600 de 2000, el cual faculta al juez para advertir sobre la necesidad de variar la calificación provisional de la conducta punible, y al fiscal para aceptar tal solicitud u oponerse a ella, al estimar que el Congreso de la República indicó unos parámetros ante una transformación de la calificación jurídica que garantizara el derecho de defensa, esto es, el procedimiento que manda realizar el propio artículo 404 del estatuto procesal, que consiste básicamente en que “se correrá traslado de [la modificación de la calificación jurídica] 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”. Desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional, este es uno de los mecanismos mediante los cuales se garantiza el debido proceso del imputado, en especial por cuanto permite que el acusado se oponga y adapte su defensa al delito que en ese momento se le endilga.

Posteriormente, mediante Sentencia C-199 de 2002, este Tribunal Constitucional analizó el artículo 404 de la ley 600 de 2000, ya referido, bajo el cargo de vulneración del derecho de

igualdad. Al respecto se afirmó que el error en la calificación o la aparición de pruebas nuevas que conducen a calificar la conducta de manera diferente, es una situación que a la luz de la Constitución permite un tratamiento jurídico diferente, precisamente el trato distinto radica en permitir el cambio en la calificación de la conducta punible, no obstante “dicho cambio debe hacerse respetando los derechos fundamentales del inculcado, especialmente el derecho de defensa y contradicción, y los principios que soportan una recta administración de justicia, particularmente los de imparcialidad e independencia del juez.” Los fundamentos constitucionales de la posibilidad de variar la calificación jurídica provisional radican en que el orden social justo como objetivo del sistema constitucional colombiano, trae consigo que el proceso penal llegue a la verdad real y se sancione o no al procesado acorde con dicha realidad.

Los parámetros generales que debe cumplir la variación de la calificación jurídica son los siguientes: (i) el cambio de calificación puede ser propuesto por el juez y esta proposición, independientemente de la conformidad del fiscal con ella, determina la posterior congruencia entre la acusación y la sentencia. (ii) La modificación de la calificación de la conducta punible encuentra un límite natural que radica en la imposibilidad en que se encuentra el juzgador de introducir hechos nuevos en el momento de variar la calificación provisional. Esto por cuanto tal posibilidad se erigiría en la formulación de una nueva acusación, distinta de la original. La actividad del juez en relación con la calificación de la conducta, se restringe entonces a intervenir en los cambios de adecuación típica, es decir en la denominación de los hechos, vedándosele la ampliación a supuestos fácticos no incluidos inicialmente en la acusación formulada por el fiscal. (iii) La oportunidad procesal para variar la calificación jurídica provisional de la conducta punible, por regla general se da dentro de la audiencia pública y las reglas para proceder a ello se contienen en la norma bajo examen. (iv) frente a las discrepancias que surjan entre el fiscal y el juez, respecto de la adecuación típica, prevalecerá el criterio del juez, en virtud de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental. Frente a la divergencia de criterios, sostuvo el intérprete constitucional que si bien no existe norma procedimental que permita declarar la nulidad de la resolución de acusación por parte del juez, teniendo en cuenta que fue declarada inexecutable mediante sentencia C-760 de 2001, “ello no es óbice que impida al juzgador (sin necesidad de declarar nulidad) efectuar su propia calificación, manifestándolo así en el momento de la audiencia con la exposición de los motivos que sustentan su determinación.

### 5.3. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Con la instauración del instituto de la variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible prevista en el art. 404 de la ley 600 de 2000, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante auto de 14 de febrero de 2002, expediente 1845751 estableció los parámetros que desde entonces se han reiterado de manera uniforme:

(...) La modificación del calificadorio puede ser hecha como consecuencia de prueba sobreviniente, pero también de la antecedente, cuando el fiscal se equivoca en la elaboración del pliego de cargos.

(...) Solamente es necesaria cuando se hace más gravosa la situación del procesado.

(...) El juez, al proferir la sentencia, puede degradar la responsabilidad del sindicado, porque si está habilitado para absolverlo, también lo está para atenuar su situación, siempre que respete el núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica.

(...) Si el fiscal considera que se debe proferir sentencia condenatoria pero por un comportamiento menos grave que el deducido en el calificadorio, no es menester seguir estrictamente el trámite establecido en la ley para la variación. Simplemente, de manera expresa e indudable, lo hace saber al juez durante su intervención.

(...) La resolución acusatoria, su variación y las manifestaciones del juez, no se excluyen para efectos del principio de consonancia. Por tanto, la sentencia puede ser armonizada con cualquiera de esas posturas e, incluso, con una conducta diferente, siempre que sea respetado ese núcleo básico y sea benéfica al acusado, pues nada impide al juez disminuir la responsabilidad.

(...) La función acusatoria, exclusiva de la fiscalía, finaliza con el cambio de la calificación o con la oposición del fiscal a las manifestaciones del juez en ese sentido.

(...) El juez respeta la congruencia si condena con base en la imputación fáctica y jurídica de la resolución acusatoria, o en la variación, o en la hipótesis que él mismo ha formulado en la audiencia, o en una conducta atenuada. Pero le está vedado agregar, porque sí, hechos nuevos o, de cualquier forma, agravar la situación del procesado, a quien lo más desventajoso que le puede pasar es que sea condenado por los cargos que le fueron

definitivamente acreditados en el debate público.

(...) La Corte también ha afirmado lo siguiente:

Dentro del esquema procesal implementado por la Ley 600 del 2000, la resolución de acusación hace parte del acto jurídico complejo de la acusación, caracterización que, entre otras cosas, implica su mutabilidad dentro de la fase de juzgamiento. Tal naturaleza es necesaria dentro de un sistema procesal diseñado como acusatorio y que intenta priorizar la fase oral de juzgamiento otorgando al Juez plenos poderes de control sobre la acusación en aras de obtener la realización del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial como única manera de que un Estado definido como social de derecho garantice la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Pero la naturaleza compleja del acto jurídico de acusación, que es la que da cabida a su mutabilidad, no puede pasar por alto dos aspectos esenciales del sistema: que la función de investigar y acusar es exclusiva de la Fiscalía General de la Nación; y, que es necesaria una oportunidad en que la acusación sea definitiva.

Esta última característica tiene a su vez dos extremos: el inicio de la acusación, marcado por la resolución de tal categoría expedida por la Fiscalía General; y, la consolidación del acto jurídico complejo de la acusación, determinado por la variación que haya tenido conforme lo dispone la ley. Esa fijeza, inicial y final, es absolutamente necesaria para que la fase de juzgamiento transite purgada de vicios y pueda adoptarse un fallo que merezca las presunciones de legalidad y acierto .

(...) El estatuto procesal penal del 2000 despojó a la resolución acusatoria de aquella connotación tradicional de “ley del proceso”, entendiendo por ésta 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 .

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 .

En otras palabras: la variación en el juicio de la calificación provisional de la conducta punible por error en la resolución de acusación, solo es necesaria cuando se pretenda hacer más gravosa la situación jurídica del procesado, esto es, cuando se trate de imputarle una especie delictiva más grave o una modalidad comportamental más severa, no cuando la nueva imputación es más benigna o se revele equivalente en términos punitivos, siempre que al dictarse la sentencia se respete por el juez el núcleo central de la imputación fáctica.

La jurisprudencia de la Sala ha precisado que la congruencia no implica perfecta armonía o identidad entre el acto de acusación y el fallo, sino señalamiento de un eje conceptual fáctico-jurídico para garantizar el derecho de defensa y la unidad lógica y jurídica del proceso, de manera que no se desconoce la consonancia, si el juez, al decidir sobre los cargos imputados, condena en forma atenuada, por la razón de que si puede absolver, también puede atemperar, siempre y cuando se respete el núcleo básico de la conducta imputada.

En ese sentido habrá congruencia si al condenar, la conducta se califica con la denominación jurídica que se le dio en la resolución de acusación, 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 .

A través de la Sentencia de 9 de julio de 2002, expediente No 1959052, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia reiteró los parámetros a seguir respecto de la variación de la calificación jurídica provisional establecida en el artículo 404 de la ley 600 de 2000. En tal sentido se afirmó:

3.1. Lo que se permite cambiar es la imputación jurídica, esto es, la adecuación típica de la conducta punible.

Como se señaló, en nuestro sistema, la imputación hecha en la resolución de acusación es fáctica y es jurídica. Lo que es procedente modificar es la segunda, pues el artículo 404 se refiere a “La variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible”, es decir,

que el comportamiento, naturalísticamente considerado, como acto humano, como acontecer real, no puede ser trocado.

La primera corresponde a la imputación subjetiva y la segunda a la imputación objetiva. En consecuencia, la imputación fáctica comprende la imputación subjetiva y la objetiva. La primera se puede modificar, no así la segunda en cuanto a sus elementos esenciales, ya que puede ser cambiada en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el acto. Por lo tanto, lo intangible es el núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica.

En síntesis, la imputación subjetiva, las circunstancias en que se cometió el comportamiento y la calificación jurídica de éste, esto es, su adecuación típica, pueden ser variados.

3.2. La intangibilidad del núcleo esencial de la imputación fáctica implica que no puede ser cambiado ni extralimitado.

Si se altera, se estará en presencia de otro comportamiento, y si se extralimita o desborda se estarán atribuyendo otros hechos, otra conducta punible, no incluida en el pliego de cargos.

Así, por ejemplo, si a un alcalde se le acusa de haberse apropiado de los dineros del municipio, no se le puede variar la calificación para imputarle también haber falsificado documentos para lograr esa finalidad. Lo procedente será expedir copias para que tal hecho se investigue por separado, al tenor de lo preceptuado por el artículo 92.6 del C. de P. P.

3.3. 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 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

3.4. Puede hacerse no sólo como consecuencia de prueba sobreviniente sino antecedente.

La primera está expresamente mencionada en el artículo 404, citado. En cuanto a la antecedente, una atenta lectura de dicho precepto permite inferir que a ella se refiere, al utilizar la expresión “error en la calificación”.

Este último desatino puede provenir de la apreciación de los elementos de convicción que obraban en el diligenciamiento al proferirse el pliego de cargos (por ejemplo, no se percató el fiscal que entre el homicida y la víctima había una relación de parentesco), o de la selección de la norma, o de su interpretación.

3.5. Sólo es procedente para hacer más gravosa la situación del procesado, esto es, en su contra (verbigracia, de homicidio culposo a doloso; de cómplice a coautor).

La anterior característica emana no sólo del texto de la norma que se refiere al ‘reconocimiento de una agravante’, ‘desconocimiento de una circunstancia atenuante’, y no a la inversa, sino del hecho de que el juez, al resolver los cargos imputados en la resolución de acusación, puede, como se analiza adelante, degradar la responsabilidad.

De manera que 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.

3.6. La variación puede ser respecto de un elemento básico estructural del tipo (por ejemplo, de estafa o de abuso de confianza calificado, en cuantía que exceda los 50 salarios mínimos legales vigentes, a peculado por apropiación), forma de coparticipación (por ejemplo, de cómplice a coautor), imputación subjetiva (culpa, preterintención, dolo), desconocimiento de una atenuante específica (como la ira en las condiciones previstas en el artículo 57 del Código Penal), o reconocimiento de una agravante específica, es decir, circunstancias que modifican el marco punitivo.

3.7. La hace el fiscal por propia iniciativa o a petición del juez, pues aquél, en la etapa de juzgamiento, continúa con la función acusadora.

Si el juez advierte la necesidad de cambiar la calificación, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

3.7.1. Debe manifestarlo en el momento de la intervención del fiscal en la audiencia, ya que la mutación sólo se puede hacer en esta precisa oportunidad procesal y por una vez, como se verá adelante.

3.7.2. Debe expresar los motivos por los que estima que debe ser modificada.

3.7.3. No implica valoración alguna de la responsabilidad.

3.7.4. 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, éste será considerado como materia del debate y de la sentencia, para efectos de la consonancia entre ésta y la acusación, debiendo el juez instruir a los sujetos procesales al respecto.

3.8. Ni la variación hecha por el fiscal de la calificación provisional, ni la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo, son providencias o actos decisorios, sino simples posiciones jurídicas que en guarda del derecho de defensa, de la lealtad procesal y de la estructura lógica del proceso, se les ponen de presente a los sujetos procesales, para que conocidas puedan debatirlas, por lo que no son recurribles.

3.9. La oportunidad procesal para trocar la calificación, es la intervención del fiscal en la audiencia, porque al haber concluido con antelación a ella la práctica de pruebas, ya se cuenta con los elementos de juicio suficientes para determinar si la dada es la adecuada o si se debe cambiar. Además, porque así lo dispone la ley.

3.10. Sólo una vez se puede variar la calificación, 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.

Así mismo, como se dijo, únicamente en esta oportunidad procesal puede exponer el juez su criterio sobre la necesidad de modificarla.

3.11. La resolución de acusación, su mutación y la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo no se excluyen para efectos de la congruencia, por lo que la sentencia puede armonizarse con cualquiera de ellas.

Así, por ejemplo, si en el pliego acusatorio se imputa peculado culposo y se cambia a

peculado por apropiación, se puede condenar por cualquiera de esas especies.

Desde luego que, en el ejemplo, también se podría condenar por otra figura atenuada, como por abuso de confianza, pues, como se verá adelante, el juez, al condenar, puede degradar la responsabilidad, siempre y cuando respete el núcleo central de la imputación fáctica.”

Quedó establecido en esa decisión que los mecanismos que permiten corregir los errores de la calificación en la etapa de juzgamiento son la variación que se acaba de indicar y el incidente de colisión de competencias, de modo que,

“Si el juez, antes de celebrar la audiencia preparatoria, al constatar su competencia, encuentra que ha habido error en la calificación jurídica de la conducta y ello afecta su competencia, la que corresponde a un funcionario judicial de igual jerarquía (por ejemplo, juez penal del circuito común frente al juez penal del circuito especializado) o de mayor jerarquía (por ejemplo, juez penal municipal frente al juez penal del circuito) no es procedente modificar la calificación, sino que se debe plantear colisión de competencia, en la forma prevista en los artículos 401 y 402 del C. de P. Penal.

Por ejemplo, el hecho se imputa como estafa en cuantía que no pasa de 50 salarios mínimos legales mensuales que, al tenor del artículo 78.1 del C. de P. P., corresponderá al juez penal municipal, pero que, en la etapa de juzgamiento, se considera que debe imputarse como peculado por apropiación de competencia del circuito.

Si como consecuencia de la alteración de la adecuación típica de la conducta, el conocimiento corresponde a un juez de menor jerarquía, se proroga la competencia (art. 405 ibidem), por lo que no es necesario acudir al incidente de colisión.

En lo atinente a este aspecto se debe tener en cuenta que, a diferencia de lo que acontecía en el estatuto derogado, sí puede haber colisión entre el juez penal municipal y el penal del circuito, la que será resuelta por el respectivo tribunal, al tenor de lo estatuido en el numeral 5° del artículo 76 ibídem, siendo ésta una de las excepciones legales a las que se refiere el artículo 94.

Además, que fijada la competencia, solo se podrá discutir por prueba sobreviniente.

Si el error en la adecuación típica del comportamiento no afecta la competencia, sólo podrá

enmendarse en la audiencia de juzgamiento, en la forma ya expuesta.

Por lo tanto, si en la fase del juicio, antes de la audiencia de juzgamiento, el juez o el fiscal advierten que se ha incurrido en error en cuanto a la calificación dada a la conducta punible y ello no altera la competencia, el fiscal no puede variarla, ni aun el juez le puede hacer saber a él y a los demás sujetos procesales la necesidad de hacerlo, sino que tienen que esperarse a la intervención oral de aquél en la audiencia.

Quiere decir que de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley 600 de 2000, se acude al mecanismo de la nulidad solamente si la variación en la adecuación típica, de llegar a ser enmendada la calificación, implicase cambio de competencia a una mayor jerarquía. (...)

Con providencia de 23 de septiembre de 2003 la misma Corporación señaló que no basta la simple enunciación del supuesto fáctico para ser deducido en la sentencia, sino que es igualmente necesaria la inequívoca imputación jurídica sin que necesariamente se (i) encuentre en la parte resolutive, (ii) ni que se identifique por su denominación jurídica, (iii) ni que se le identifique por la norma que la consagra. Por lo tanto, la inequívoca imputación jurídica implica, “valorada atribución, de tal suerte consignada en cualquiera de las fases de la acusación, que no se abrigue duda acerca de su imputación”. Así pues, el procesado no puede ser “sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación ni se puede desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena”.<sup>53</sup> Se afirmó que cuando existe desconocimiento del principio de congruencia y por ende hay discordancia entre los aspectos personal, fáctico y jurídico de la resolución de acusación y el fallo de segundo grado es susceptible de ataque por vía de la causal segunda de casación<sup>54</sup>.

En sentencia de 11 de mayo de 2005, expediente No 23453, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se menciona que “no se trata de exigir que la circunstancia aparezca jurídicamente identificada a través de la norma que la consagra, o mediante normas sacramentales predeterminadas, pero tampoco suponer que se las dedujo, donde no lo fueron, con el argumento de que su imputación resulta implícita o sobreentendida, en razón a la naturaleza de los hechos, o el simple recuento que de los mismos pudo haber sido efectuado en la acusación. Lo exigible es que el supuesto de hecho de la circunstancia que

fue objeto de deducción en la sentencia (específica o genérica, valorativa o no valorativa), aparezca precisado inequívocamente en la acusación, de suerte que entre los dos actos procesales (sentencia y pliego de cargos) exista identidad plena en el aspecto fáctico (Cfr. Casación de 30 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote). (Sentencia del 4 de abril de 2001, Magistrado Ponente Fernando Arboleda Ripoll)".

A través de la Sentencia de 16 de marzo de 2006, expediente 21378 se indicó que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal ha precisado que acorde con la ley no es indispensable la completa identidad y armonía total entre la acusación y la sentencia; lo importante para proteger el derecho del debido proceso es que éste gravite "en torno a un eje conceptual, fáctico u jurídico, circunscrito a unos límites dentro de los cuales puede desenvolverse, que le permiten incluso cambiar el delito en cuanto su especie, siempre que no desborde el marco fáctico señalado en la providencia calificatoria ni agrave la situación del sindicado."

Reiterando la jurisprudencia existente respecto a la variación de la calificación jurídica provisional, la Corporación mencionada en Sentencia de 28 de mayo de 2008, expediente No 22959, indicó que "de acuerdo a la línea jurisprudencial de la Sala, se tiene que la resolución de acusación, su mutación y la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo no se excluyen para efectos de la congruencia, por lo que la sentencia puede armonizarse con cualquiera de ellas." Por tal razón se afirma que 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.

"A partir del comienzo de vigencia de la ley 600 del 2000, bajo cuyo rigor se cometió el hecho, el tema de la congruencia fue expandido al punto que se puede establecer entre la sentencia, de una parte, y la acusación, la variación de esta o la manifestación del juez sobre la necesidad del cambio, de la otra.

Dicho con otras palabras, el juez, como director del proceso, y gracias a la libertad de apreciación probatoria que tiene, puede dictar su sentencia con base en aquello que considere probado para acoger la inicial resolución acusatoria o la variación realizada por el fiscal en la audiencia, sin que esa decisión afecte la compatibilidad que se debe observar

entre los cargos y el fallo.

Eso es lo que ha dicho la Corte, interpretando la normatividad atinente, con particular énfasis desde el auto del 14 de octubre del 2002, dictado dentro del proceso número 18457, que en lo puntual expresa:

3.11. La resolución de acusación, su mutación y la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo no se excluyen para efectos de la congruencia, por lo que la sentencia puede armonizarse con cualquiera de ellas”.

Posteriormente, en providencia del 3 de diciembre de 2009 (Radicado 32.763), a pesar del reseñado cambio jurisprudencial de abril de 2008 [referente a la prueba sobreviviente], la Sala avaló la aplicación de ese precedente de 200656, en estos términos:

“En ese orden, la actuación desplegada por la juzgadora de primera instancia, que se muestra consecuente con el criterio jurisprudencial acá expuesto, mal puede calificarse de irregular porque, se reitera, la ley permite modificar la adecuación típica de la conducta, caso en el cual es necesario adelantar el trámite dispuesto por el artículo 404 mencionado y conforme a la línea de pensamiento trazada por esta Corporación, se debía hacer por una especie delictiva más grave, porque de lo contrario, si se advertía la necesidad de degradar la imputación o, de cualquier manera, aminorar la responsabilidad, no era necesario acudir al instituto en comento.

De contera, la nueva postura de esta Corporación, en punto de la necesidad de prueba sobreviviente para efectos de variar la calificación jurídica de la infracción por una más grave, carece de incidencia para la demostración del yerro, como lo alega el sujeto procesal no recurrente, porque si el juez de primera instancia permitió al fiscal variar de la calificación jurídica contenida en la resolución de acusación sin prueba sobreviviente, es precisamente porque ese razonamiento<sup>57</sup> se fijó con posterioridad a la emisión del fallo de primera instancia”.

#### 5.4. Conclusiones

- La jurisprudencia constitucional<sup>58</sup> ha entendido que el marco de referencia del principio de congruencia de la sentencia se predica de un acto complejo comprendido por la resolución de

acusación y el cambio realizado por el juez o por el fiscal. En igual sentido, en relación con el acto complejo<sup>59</sup> mediante jurisprudencia uniforme, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que no son excluyentes para establecer el principio de congruencia, la resolución de acusación, la variación de ésta y las manifestaciones del juez<sup>60</sup>. Por ende, se ha entendido que el juez respecta la congruencia si condena con base en cualquiera de las siguientes tres: (i) la imputación fáctica y jurídica de la resolución de acusación, (ii) en la variación de la calificación jurídica provisional o en (iii) la hipótesis que el juez ha formulado en la audiencia o en una conducta atenuada<sup>61</sup>. Así las cosas, la providencia que califica un sumario con acusación ya no es “ley inmodificable” para el juicio. Es un objeto más de un acto complejo que es la acusación, conformada por la resolución y por las diversas situaciones que se presentan en el incidente de variación de la calificación jurídica.<sup>62</sup>

De ahí que la misma Corporación haya señalado que la congruencia no implica una armonía perfecta o identidad total entre el acto de acusación y el fallo, lo importante es que se señale un eje conceptual fáctico y jurídico para garantizar el derecho de defensa y la unidad lógica y jurídica del proceso, por tal razón “habrá congruencia si al condenar, la conducta se califica con la denominación jurídica que se le dio en la resolución de acusación, 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”<sup>63</sup>.

Así las cosas, la resolución de acusación, su mutación y la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo no se excluyen para efectos de la congruencia, por lo que la sentencia puede armonizarse con cualquiera de ellas. Por ejemplo, si en el pliego acusatorio se imputa peculado culposo y se cambia a peculado por apropiación, se puede condenar por cualquiera de esas especies. Desde luego que, en el ejemplo, también se podría condenar por otra figura atenuada, como por abuso de confianza, pues, como se verá adelante, el juez, al condenar, puede degradar la responsabilidad, siempre y cuando respete el núcleo central de la imputación fáctica<sup>64</sup>.

- Ahora bien, la variación de la calificación jurídica provisional 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<sup>65</sup>. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal<sup>66</sup> ha señalado que dicha variación puede ser respecto de (i) un elemento básico

estructural del tipo, (por ejemplo, de estafa o de abuso de confianza calificado, en cuantía que exceda los 50 salarios mínimos legales vigentes, a peculado por apropiación), (ii) forma de coparticipación (por ejemplo, de cómplice a coautor), (iii) imputación subjetiva (culpa, preterintención, dolo), (iv) desconocimiento de una atenuante específica (como la ira en las condiciones previstas en el artículo 57 del Código Penal), o (v) reconocimiento de una agravante específica, es decir, circunstancias que modifican el marco punitivo.

## 6. El Caso Concreto.

6.1. Sentencia del 7 de julio de 2009 de la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá y vías de hecho alegadas contra ésta.

La Sentencia del 7 de julio de 2009<sup>68</sup> de la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, modificó la sentencia de fecha 31 de julio de 2008 que condenó a los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés por el delito de estafa agravada. En efecto, la providencia mencionada al modificar la de primera instancia determina condenar a los ya referidos señores por haber sido hallados determinadores responsables del delito de peculado por apropiación.

Dicha providencia hace mención expresa tanto a la acusación como a la variación de la calificación jurídica provisional.<sup>69</sup> En ese orden de ideas, el Tribunal analiza si la calificación jurídica provisional con su respectiva variación se adecua a los lineamientos jurisprudenciales y legales, para lo cual se cita apartes de una Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal<sup>70</sup> donde se afirma que :

(...)

2.8. El juez respeta la congruencia si condena con base en la imputación fáctica y jurídica de la resolución acusatoria, o en la variación, o en la hipótesis que él mismo ha formulado en la audiencia, o en una conducta atenuada.

(...)

Así las cosas, y con base en lo expuesto en el antecedente jurisprudencial, se afirma que “como quiera que en el proceso se adoptaron varias determinaciones relativas a la calificación jurídica provisional de la conducta de los acusados Lloreda Caicedo y Lloreda

Garcés , resulta viable cualquiera de estas, o por una atenuada.” Se agrega que la existencia de la variación de la calificación jurídica no es obstáculo para que se condene a los procesados por el delito imputado en la calificación del sumario- resolución de acusación-. Se insiste en que al haberse acusado a los procesados por el delito de peculado y en audiencia variarse por el de estafa, se respeta la congruencia si se condena con base en la imputación fáctica y jurídica de la resolución de acusación, de la variación o de una conducta atenuada.<sup>71</sup>

En consecuencia y luego de realizar el correspondiente análisis jurídico, se condena a los procesados por el delito de peculado por apropiación en calidad de determinadores.

6.2. La compatibilidad de la modificación de la calificación jurídica provisional con el ejercicio del derecho al debido proceso en el caso concreto.

Con base en las conclusiones extractadas tanto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional como de aquella de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Ver supra. 5.3.), la providencia atacada no vulneró el principio de congruencia y por ende no violentó el debido proceso ni el derecho de defensa pregonado por los accionantes. Lo anterior con base en las siguientes razones:

6.2.1. Acorde con las conclusiones expresadas, el juez de segunda instancia estaba facultado para dictar sentencia con base en lo expuesto en la resolución de acusación de 16 de julio de 2004 o si lo determinaba conducente por el delito variado en la audiencia de 12 de diciembre de 2007. En efecto, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal han determinado que la acusación se comporta como un Acto Jurídico Complejo<sup>72</sup> compuesto por la Resolución de Acusación, la variación de la calificación jurídica provisional o las hipótesis que el juez ha formulado en la audiencia o en una conducta atenuada.

En consecuencia, el juez de segunda instancia contaba con la facultad jurídica de dictar sentencia con base en el acto jurídico complejo que comporta la acusación. En el caso específico, implica lo anterior, que lo podía hacer tanto por el delito de peculado por apropiación - expuesto en la resolución de acusación - o por el delito de estafa agravada- calificación jurídica variada-.

Así las cosas, no se ajusta a la realidad jurídica, la aseveración según la cual la sentencia atacada condenó por un delito que no fue imputado. Dicha afirmación es sacada del contexto de la situación vivida dentro del proceso en cuestión. Ciertamente, la condena de segunda instancia no se basó en el delito obtenido de la variación de la calificación jurídica - esto es la estafa agravada- sin embargo, como se viene explicando, la contextualización jurídica correcta implicaba que siendo en el presente caso la acusación un acto complejo - no circunscrito únicamente a la variación de la calificación jurídica- estaba compuesta por tres tipos de actos jurídicos a saber: la resolución de acusación, la variación de la calificación jurídica provisional y las hipótesis planteadas por el señor juez; lógicamente partiendo de la base que nunca se alteró el núcleo esencial fáctico del proceso, como sucedió en el presente caso.

Por ende, el delito por el que se condenó si hizo parte de la acusación, se insiste, por cuanto esta se entiende como un acto jurídico complejo. En este orden de ideas, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal de Descongestión, a diferencia de lo que consideran los accionantes, obró en uso de sus facultades legales y constitucionales y condenó por un delito establecido en la acusación.

6.2.2. Como conclusión de lo anterior ha de decirse que en el presente caso se respetó y por lo mismo no se vulneró el principio de congruencia, por cuanto el juez, como director del proceso, y gracias a la libertad de apreciación probatoria que tiene, podía dictar su sentencia con base en aquello que considerara probado- respetando el núcleo fáctico esencial como en efecto se respetó- para acoger la inicial resolución acusatoria - delito de peculado por apropiación- o la variación realizada por el fiscal en la audiencia - estafa agravada- , sin que esa decisión afecte la compatibilidad que se debe observar entre los cargos y el fallo<sup>73</sup>: la sentencia de segunda instancia condenatoria podía armonizarse con el delito señalado en la resolución de acusación o en la variación de la calificación jurídica.

6.2.3. Desde el punto de vista del derecho a la defensa, puede afirmar esta Sala de Revisión, que los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés en momento alguno pudieron ser sorprendidos al ser condenados por el delito de peculado por apropiación. En efecto, debe recordarse que desde el inicio del proceso penal que se llevó a cabo contra los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés, siempre se defendió por parte de la Fiscalía General de la Nación el encuadramiento de la conducta cometida en el delito de peculado por apropiación.

Al respecto se apreció que:

Muestra de esto es que mediante resolución de acusación de 16 de julio de 2004 la fiscalía acusa a los procesados de peculado por apropiación en favor de terceros en calidad de determinadores. No obstante lo anterior, y por las vicisitudes propias del proceso penal, el Juez de primera instancia luego de variarse la calificación jurídica provisional, condena a los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés por el delito de estafa agravada en calidad de coautores. Impugnada la providencia el Juez de segunda instancia condena por el delito de peculado por apropiación en calidad de determinadores.

A pesar de los cambios en el núcleo jurídico de la acusación, no puede afirmarse con base en el proceso penal llevado a cabo contra los procesados señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés, que fueron sorprendidos o asombrados por parte del juez de segunda instancia, al dictarles sentencia condenatoria por el delito de peculado por apropiación. Como se afirmó, el inicio del proceso siempre se estructuró en la presencia del delito de peculado por apropiación y se calificó en principio el sumario con la calificación jurídica de peculado por apropiación; por ende mal se puede señalar que la condena respecto de este delito tomó por sorpresa a los defendidos, como si nunca se les hubiere insinuado por la justicia la comisión de este delito, como si nunca hubiere tenido presencia procesal el encasillamiento de la conducta en dicho delito. Por el contrario, la posibilidad de que fueran condenados los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés por el delito de peculado por apropiación, siempre estuvo latente dentro del proceso. Es de recalcar, que la acusación es un acto complejo; por ende debió prever la defensa la posibilidad de que los condenaran o por el delito de peculado por apropiación o por el delito de estafa agravada. La defensa técnica de los señores Lloreda Caicedo y Lloreda Garcés debía conocer la amplia jurisprudencia constitucional y penal respecto del acto complejo que comprendía la acusación (resolución de acusación, variación de la calificación jurídica provisional e hipótesis planteadas por el juez); así las cosas, se debió tener presente que podían ser condenados sus defendidos tanto por peculado por apropiación - resolución de acusación - como por estafa agravada- variación de la calificación jurídica provisional-; lo que a todas luces desdice de la sorpresa en la condena.

La apreciación descontextualizada respecto a la violación del derecho de defensa, radica en el desconocimiento del acto complejo que implica la acusación. En ambos estadios, esto es en la resolución de acusación y en la variación de la calificación jurídica, la defensa técnica

de los procesados contó con todas las garantías constitucionales y legales para tratar de desvirtuar en un primer momento el delito de peculado por apropiación y en un segundo momento el de estafa agravada; siempre teniendo la facultad de que a través de sus argumentaciones se verificaran y comprobaran los hechos materia de acusación. Siendo la acusación un acto complejo comprendido tanto por la resolución de acusación, como la variación de la calificación jurídica como las hipótesis planteadas por el juez en la audiencia; no puede dicho acto complejo aparejar solamente y de manera exclusiva las actuaciones provenientes de la Fiscalía General de la Nación y del Juez Competente, sino que dichos estadios procesales comprenden de igual manera las intervenciones de los sujetos procesales. En otras palabras, la afirmación de que la acusación se constituye a la luz de la jurisprudencia en un acto complejo, trae consigo que las actuaciones realizadas en los diferentes estadios (resolución de acusación, variación de la calificación jurídica e hipótesis planteadas por el juez) también son valoradas por el juez al momento de dictar sentencia. Lo que preocuparía a la luz del derecho constitucional, es que la modificación de la calificación jurídica impidiera al procesado ejercer su defensa, situación resguardada por la normatividad al establecer unos parámetros legales avalados constitucionalmente para que variándose la calificación jurídica se respete el derecho de defensa.<sup>75</sup>

6.3. Conclusión con respecto a la afectación del derecho al debido proceso por parte de la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá.

Reconociendo que tanto la jurisprudencia constitucional como de la Corte Suprema de Justicia han establecido que el acto de acusación es complejo, en el presente caso no se evidencia el desconocimiento del principio de congruencia ni del derecho a la defensa de los acusados, en tanto los defectos sustantivo y procedimental alegados no tuvieron lugar, por haber acogido el procedimiento analizado, los criterios jurisprudenciales aplicables al tema, además de haberse atendido a los mandatos procesales relacionados con la modificación de la calificación jurídica.

7. Providencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 18 de noviembre de 2010.

En vista de que se ha demostrado como en el presente caso no se ha quebrantado el principio de congruencia, fuerza concluir lo mismo que la Corte Suprema en el auto

analizado, pues tal como lo mencionó “no existe la incongruencia reclamada precisamente porque, tal como lo ha plasmado la jurisprudencia, al sentenciador le está dado condenar por cualquiera de las dos calificaciones”. Desde esta perspectiva, si la modificación de la acusación se hubiera producido de manera irregular -de acuerdo a lo sostenido por los recurrentes- lo procedente hubiera sido orientar dicho reparo en sede de casación no como una incongruencia entre la acusación y el fallo, sino como una violación al debido proceso, es decir, por vía de la causal tercera de casación que describe el art. 207 de la ley 600 de 2000, la cual naturalmente lleva aparejada una pretensión de invalidez de lo actuado desde la introducción de la nueva calificación, con el fin de que la parte así viciada sea repetida. El argumento de la Corte Suprema de Justicia está fundamentado en la realidad del caso, es decir, en la ausencia de afectación del principio de congruencia, y por lo mismo, no le era posible admitir un recurso de casación que precisamente se basaba en el alegato del desconocimiento del mismo.

Así las cosas, careciendo de certeza el sustento sobre el cual se estructuró el cuestionamiento por parte de accionantes en tutela, no puede afirmarse que se incurrió ni en un defecto sustantivo, ni procedimental, así como tampoco en un exceso ritual manifiesto, por cuanto la actuación de la Corte Suprema de Justicia se basó en el hecho de que la variación de la calificación jurídica de la conducta podía darse por parte del juez regresando a la inicialmente formulada por la Fiscalía en su escrito de acusación, sin que ello implicara una vulneración del principio de congruencia. De acuerdo con lo argumentado en precedencia, es claro como la falta de afectación del principio de congruencia implica la inadmisibilidad del recurso de casación que se basara precisamente en dicha circunstancia, por lo que se concluye que no se estructuró causal alguna de procedibilidad de tutela contra la providencia de 18 de noviembre de 2010 emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

## 8. Conclusiones del caso.

### 8.1. Síntesis del caso.

La acción de tutela contra providencia judicial impetrada por los accionantes se encaminaba a mostrar la ocurrencia de defectos sustantivos y procedimentales absolutos ocurridos en la sentencia de segunda instancia en un proceso penal, y en la inadmisión del recurso

extraordinario de casación que siguió a aquella. Según los accionantes, se habría desconocido en dichas providencias el principio de congruencia entre acusación y condena, pues durante el trámite del proceso penal se acusó inicialmente por el delito de peculado por apropiación, y luego se varió dicha calificación para pasar a ser por el delito de estafa agravada. En primera instancia se les condenó por esta conducta, pero apelado el caso, se decidió por el juzgador regresar a la tipificación del peculado por apropiación, cuestión que para los accionantes generó la violación de sus derechos al debido proceso y la defensa.

La Sala encontró que hay abundante jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que validan la interpretación de las normas procesales y sustanciales aplicada por los estrados judiciales demandados. En dicha jurisprudencia se establece con claridad que para satisfacer el principio de congruencia entre acusación y condena, basta con que ésta última se base en cualquiera de los siguientes tres núcleos de la acusación: (i) la imputación fáctica y jurídica de la resolución de acusación, (ii) en la variación de la calificación jurídica provisional o en (iii) la hipótesis que el juez ha formulado en la audiencia o en una conducta atenuada. Esto en atención de que la acusación es un acto complejo, conformado por la resolución y por las diversas situaciones que se presentan en el incidente de variación de la calificación jurídica. Así, no por el hecho de optar por una tipificación del delito variada, o la original presentada por la Fiscalía inicialmente en su escrito de acusación, se afectan los derechos del procesado, debiendo la defensa conocer la doctrina que acepta ambos puntos de referencia para el análisis de congruencia y esmerarse en atacar ambas conductas. La interpretación de las instituciones jurídicas relevantes para el caso que implementaron las corporaciones judiciales accionadas, no afectaron el derecho al debido proceso por acoger la interpretación jurisprudencial sobre el asunto analizado, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia.

## 8.2. Razón de la decisión.

El juez respeta el principio de congruencia si profiere condena con base en cualquiera de los siguientes tres núcleos jurídicos de la acusación, ventilados durante el proceso penal: (i) la imputación fáctica y jurídica de la resolución de acusación, (ii) en la variación de la calificación jurídica provisional o en (iii) la hipótesis que el juez ha formulado en la audiencia o en una conducta atenuada. La acusación es entonces un acto complejo que está conformado por la resolución propuesta por la Fiscalía en un primer momento y por las

diversas modificaciones que se introducen en el incidente de variación de la calificación jurídica. Este acto complejo debe servir de base para la condena lo que permite al juez optar por alguno de sus componentes para el encuadramiento de la conducta, cuestión que es compatible con el derecho a la defensa y del debido proceso.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la decisión judicial de no admitir a trámite el amparo constitucional solicitado, y en su lugar, DAR TRÁMITE a la acción de tutela de la referencia con base en lo dispuesto en el Auto 100 de 2008 de esta Corporación.

Segundo.- NEGAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada a través de apoderado por los señores Álvaro José Lloreda Caicedo y Jorge Alberto Lloreda Garcés contra las providencias judiciales emitidas por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal de Descongestión de 13 de septiembre de 2007 y la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal de 18 de noviembre de 2010, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero.- LIBRAR por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA T-1038/12

Referencia: expediente T-3040139

Acción de tutela instaurada por los señores Álvaro José Lloreda Caicedo y Jorge Alberto Lloreda Garcés contra la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

Aclaro mi voto frente a la sentencia T-1038 de 2012, aprobada el treinta (30) de noviembre de dos mil doce (2012), por las razones que a continuación expongo:

1. A modo de aclaración, considero pertinente hacer una reflexión sobre alguno de los elementos de la jurisprudencia constitucional relacionados con la modificación de la calificación jurídica y el principio de congruencia.

Si bien dentro del marco establecido por la jurisprudencia constitucional cabe perfectamente la interpretación que reiterada y pacíficamente ha establecido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la posición expuesta por la Corte Constitucional pone de presente un elemento que no es central en el argumento de la Corte Suprema, y es la necesidad de que exista un momento en el proceso en el que el imputado pueda conocer de manera cierta la

conducta que le endilga el Estado. Esto es importante para equilibrar los poderes de las partes en el proceso penal que el imputado por la comisión de un delito tenga certeza de por qué debe defenderse, estableciendo un esquema de defensa apropiado. La jurisprudencia constitucional destaca esto al establecer que “el enjuiciado debe conocer previamente a la sentencia, los motivos por los cuales es acusado por el Estado. Esta garantía es la consonancia que se predica entre la acusación y la sentencia”<sup>76</sup>.

2. Desde el punto de vista de la regla de decisión de la sentencia T-1038 de 2012 es factible conocer los posibles encuadramientos de la conducta, pues la condena se dio dentro del espectro de conductas discutidas en el proceso. Sin embargo, en otros casos en donde las circunstancias no sean tan claras, adoptar el principio sin miramientos puede generar un desbalance en el equilibrio de armas en el proceso penal, pues otorgar la facultad a los jueces de escoger uno u otro núcleo jurídico, sin necesariamente abrir un espacio de debate para el procesado antes de que el juez tome la opción, debilita esa garantía que constituye el conocer previamente a la sentencia los motivos por los que es acusado por el Estado. Esto es así, entendiendo tal conocimiento como el que se da cuando hay un único núcleo jurídico de la acusación. Se conjeturan algunos escenarios que podrían llegar, en un determinado caso y con unas circunstancias bien particulares, a disminuir marcadamente el alcance de esa garantía, como aquel en el que el procesado deba defenderse frente a varios delitos mientras la Fiscalía encamina su caso frente a uno -claro desequilibrio entre las partes-, y especialmente el escenario en el que la defensa frente a una conducta pueda implicar una autoincriminación frente a otra desechada por, hipotéticamente, coincidir la defensa con el reconocimiento de la ejecución de la acción rectora de otra conducta.

Respetuosamente,

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

1 Folios 670 a 704 cuad. Ppl.

2 Poderes folio 1 a 4 cuad. Ppl.

3 Folios 679 a 702 cuad. Ppal.

4 Folio 704 cuad. Ppl.

5 Folios 12 a 16 cuad. Corte Constitucional.

6 Folio 670 a 704 cuad. Ppl.

7 Folios 12 a 16 cuad. Corte Constitucional.

8 Sentencia de 7 de julio de 2008 proferida por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá. Folios 437 a 496 cuad. Pppl. Providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 18 de noviembre de 2010. Folios 498 a 521 cuad. Ppl.

9 Ver entre otras la reciente Sentencia T-315 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño

10 M.P. Clara Inés Vargas Hernández “La Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vinculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto. En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana”.

11 Reiterada en T-243 de 1008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

12 Sentencia T-061 de 2007

13 Sentencia T-685 de 2003.

15 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

16 Sentencia SU-961 del 1 de diciembre de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En esta decisión, la Corte desarrolló ampliamente el concepto de inmediatez con ocasión de una acción de tutela interpuesto por varios accionantes respecto de la prelación de la lista de elegibles. Sobre el punto de la inmediatez también se puede consultar la Sentencia T-344 del 27 de marzo de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

17 En esta misma línea se encuentra la sentencia T-1229 de 2000.

18 Sentencia T-443 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo

19 Folio 498 y ss. Cuad. Ppal.

20 M.P. Jaime Córdoba Triviño

21 Sentencia T-522/01

22 En Sentencia T-1192/0322 M.P. Eduardo Montealegre Lynett se reiteró la jurisprudencia consignada en la Sentencia SU-014 de 2001 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez<sup>22</sup> donde “la Corte estableció que cuando actuaciones de terceras personas inducían en error al juez, se configuraba la “vía de hecho por consecuencia”. Con ello la Corte indicaba que la violación de los derechos fundamentales de la persona no le eran imputables al juez, pero que la decisión judicial resultaba inconstitucional”. En la Sentencia T-68 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil dijo la Corte: (v) Finalmente, el defecto o vía de hecho por consecuencia se estructura cuando la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones jurídicas adelantadas por autoridades distintas a quien la profiere, y cuyo manejo irregular afecta de manera grave e injusta derechos o garantías fundamentales. En estos casos, aun cuando la decisión se haya adoptado con pleno acatamiento de la normatividad aplicable y dentro de una valoración juiciosa de las pruebas, la vía de hecho se produce como consecuencia de la

negligencia de otras instancias públicas, que obligadas a colaborar con la administración de justicia, por acción o por omisión no lo hacen en forma diligente. Tal como lo señaló la Corte 'si bien el criterio imperante frente a la vía de hecho es el de que ésta se origina en una actuación judicial arbitraria o manifiestamente contraria a derecho, puede ocurrir que tal defecto no sea atribuible directamente al juez de la causa, sino a la acción u omisión de otras autoridades publicas -en la mayoría de los casos administrativas- que debiendo colaborar armónicamente en la función de administrar justicia, con su conducta negligente inducen en error al operador jurídico y permiten que a través de la decisión se afecten en forma grave los derechos y garantías constitucionales de quienes intervienen en la actuación judicial.22"22

23 Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

24 Ver además Sentencias T-051 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-060/09 M.P. Mauricio González Cuervo, T-130 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

25 Ver al respecto, entre otras, Sentencias T-573 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía,25 T-567 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-001 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-377 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1009 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-852 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-453 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-061 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-079 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, RenteríaT-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-814 de 1999, MP: Antonio Barrera Carbonell.T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-842 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis, SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.,T-205 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, , T-701 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, T-807 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1244 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-056 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-189 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-800 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-061 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto , T-018 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-051 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-060 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, T-066 de 2009 M.P. Jaime Araujo Rentería.

26 Sentencia SU-159 de 2002.

27 Sentencia T-462 de 2003..

28 Sentencia T-066 de.

29 T-231 de 1994.

30 Sobre el tema pueden consultarse además, las sentencias SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000; T-522 de 2001; T-047 de 2005.

31 T-443 de 2008

32 ibídem

33 T-331 de 2008, SU 159 de 2002, entre otras.

34 ibídem

35 T-225 de 2006.

36 ibídem

37 T-579 de 2006

38 T-920 de 2004

39 C-541 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

40 Art. 393 Ley 600 de 2000.

41 Art. 395 Ley 600 de 2000.

42 Art. 397 ley 600 de 2000.

43 Art. 398 Ley 600 de 2000.

44 Art. 400 ley 600 de 2000.

45 Art. 401 ley 600 de 2000.

46 Art. 403 Ley 600 de 2000.

47 Art. 404 Ley 600 de 2000.

48 Arts. 405 y ss. Ley 600 de 2000.

49 Subrayas fuera del texto original.

50 Artículo 404: Variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible. 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. Si persiste en la calificación jurídica, el juez podrá decretar la nulidad de la resolución de acusación.

“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.

51 Posición reiterada en auto de 12 de marzo de 2002, expt 19.013, en sentencias de 9 de julio de 2002, expediente No 19590, de 3 de mayo de 2007, expt. 20.809, Sentencia de 28 de mayo de 2008, expediente No 22.959, entre otras.

52 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

53 Dicha posición jurisprudencial fue reiterada en pronunciamientos de la C.S.J. Sala de Casación Penal de 5 y 11 de febrero de 2004, expts. 21942 y 14343 , M.Ps. Mauro Solarte y Yesid Ramírez; respectivamente; sentencia de 6 de abril de 2005, expt. 21356 M.P. Mauro Solarte, sentencia de 20 de abril de 2005, expt. 21576, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

54 Respecto al uso de la causal segunda de casación en los eventos de falta de congruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, se puede consultar también las sentencias de la C.S.J. Sala de Casación Penal de 16 de marzo de 2005, expt. No 19745 M.P. Herman Galán Castellanos, de 6 de abril de 2005, expt. 21356 M.P. Mauro Solarte.

55 Cfr Sentencia del 9 de marzo de 2006, Radicado N° 22.200.

56 Igual consideración se hace en providencia del 27 de enero de 2010, Radicado N° 31.448, en la que señala: “En suma, es claro que si los errores en torno a la calificación jurídica podían enmendarse con prueba antecedente, conforme a la jurisprudencia imperante en el momento en que adoptó la decisión, como ocurrió en este caso, sin excluir, desde luego, la posibilidad de prueba sobreviniente, ninguna irregularidad se advierte en el proceder de la Fiscalía durante la audiencia pública, ni del Presidente de la fase de juzgamiento sobre el particular”.

57 Cfr Sentencia del 23 de abril de 2008, Radicado N° 29.339.

59 “Dentro del esquema procesal implementado por la Ley 600 del 2000, la resolución de acusación hace parte del acto jurídico complejo de la acusación, caracterización que, entre otras cosas, implica su mutabilidad dentro de la fase de juzgamiento. Tal naturaleza es necesaria dentro de un sistema procesal diseñado como acusatorio y que intenta priorizar la fase oral de juzgamiento otorgando al Juez plenos poderes de control sobre la acusación en aras de obtener la realización del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial como única manera de que un Estado definido como social de derecho garantice la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. || Pero la naturaleza compleja del acto jurídico de acusación, que es la que da cabida a su mutabilidad, no puede pasar por alto dos aspectos esenciales del sistema: que la función de investigar y acusar es exclusiva de la Fiscalía General de la Nación; y, que es necesaria una oportunidad en que la acusación sea definitiva. || Esta última característica tiene a su vez dos extremos: el inicio de la acusación, marcado por la resolución de tal categoría expedida por la Fiscalía General; y, la consolidación del acto jurídico complejo de la acusación, determinado por la variación que haya tenido conforme lo dispone la ley. Esa fijeza, inicial y final, es absolutamente necesaria para que la fase de juzgamiento transite purgada de vicios y pueda adoptarse un fallo que merezca las presunciones de legalidad y acierto .” Auto de 14 de Febrero de 2002, Expediente 18.457.

60 C.S.J. Sala de Casación Penal, Auto de 14 de febrero de 2002, expediente 18457. Posición replicada en varios pronunciamientos de la misma Corporación.

61 Ibidem.

62 Ibídem.

63 Ibidem.

64 C.S.J. Sala de Casación Penal, Sentencia de 9 de julio de 2002, expediente No 19590. Otro ejemplo dado por esta providencia consiste en que un el hecho se impute como estafa en cuantía que no pasa de 50 salarios mínimos legales mensuales que, al tenor del artículo 78.1 del C. de P. P.,[ ley 600 de 2000] corresponderá al juez penal municipal, pero que, en la etapa de juzgamiento, se considera que debe imputarse como peculado por apropiación de

competencia del circuito.

65 C.S.J. Sala de Casación Penal, Sentencia de 9 de julio de 2002, expediente No 19590

66 Ibídem.

67 C.S.J. Sala de Casación Penal, Sentencia de 18 de agosto de 2010, expediente 33.509,

68 Folio 437 a 496 cuad. Ppl.

69 Folio 440 cuad. Ppl.

70 Folio 24 de enero de 2007, expt. 23540.

71 Folio 485 cuad. Ppl.

72 Sentencia C-199 de 2002 Corte Constitucional y Auto de 14 de Febrero de 2002, Expediente 18.457, Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia.

73 C.S.J. Sala de Casación Penal, Sentencia de 18 de agosto de 2010, expediente 33.509,

74 Sentencia de la Sala Penal de Descongestión Tribunal Superior de Bogotá, 13 de Septiembre de 2007.

75 Sentencia C-620 de 2001.

76 T-1094 de 2008, citando la sentencia C-541 de 1998.

{p}