

Sentencia T-1320/01

En relación con el fuero otorgado a los congresistas para ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia, ha de tenerse en cuenta que dicho fuero no se instituye como un privilegio de carácter personal, sino en razón de la investidura y con una finalidad protectora de la integridad y la autonomía del Congreso de la República. Por eso no puede admitirse que sólo tenga operancia respecto de hechos presuntamente delictuosos que sean cometidos por el sindicado cuando ostente la calidad de miembro del Congreso, pues, aun cuando en este caso tiene fuero, también este se extiende a hechos anteriores a su posesión como Senadores de la República o Representantes a la Cámara si el proceso penal se adelanta cuando se encuentran en ejercicio de sus funciones. Es decir, si el hecho se cometió antes de que el sindicado ostentara la calidad de miembro del Congreso pero el proceso penal respectivo se inicia después de que adquiriera dicha calidad, el fuero ha de aplicarse necesariamente para cumplir con la finalidad constitucional que se le asigna que, se repite, no es de carácter individual ni en beneficio personal sino institucional. El proceso penal a que esta acción de tutela se refiere se inició, tramitó y concluyó, durante la vigencia de la Constitución de 1991, razones estas que llevan a la conclusión ineludible de que la competencia para el conocimiento de este proceso correspondía a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en virtud de la calidad de miembro del Congreso que ostentaba el actor al inicio del proceso penal, durante su trámite y hasta su finalización, pues siempre mantuvo esa calidad lo que significa que no le era aplicable la regla excepcional contenida en el parágrafo del artículo 235 de la Constitución actual en la que se preceptúa que si se cesa en el ejercicio del cargo “el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”.

ACCION DE REVISION-Procedencia para determinar prescripción de la acción penal

No es procedente conceder la tutela impetrada, pues se repite, para alegar la prescripción existe como medio judicial para el efecto, la acción de revisión prevista en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal anterior, hoy artículo 220 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-En el proceso se encontró tipificado el delito de peculado por apropiación/SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE

SUPREMA DE JUSTICIA-Hizo la valoración probatoria en el respectivo proceso penal

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de sus atribuciones como juzgador de única instancia, considera que el hecho se encuentra tipificado en la conducta de peculado por apropiación descrita en el artículo 133 del Código Penal de 1980, lo que no puede desvirtuarse en una acción de tutela por el juez constitucional sin desmedro de la competencia propia de la jurisdicción ordinaria, pues a esta conclusión se llegó luego de un análisis probatorio que, aunque puede ser objeto de discrepancia por el actor, no obstante ello, no constituye una vía de hecho judicial por no ser arbitraria, ni caprichosa, sino producto de la valoración que el juzgador realizó sobre los medios de prueba obrantes en el proceso. Mientras no se demuestre la inexistencia de los hechos indicadores y la conclusión no surja claramente como contraria a la lógica, no puede aceptarse que exista un error de hecho y, mucho menos, calificarse la apreciación probatoria en ese caso como un despropósito de tal magnitud que constituya una vía de hecho judicial, así se discrepe de la labor adelantada por el juez en dicha apreciación por no compartirla, pues ello pertenece a lo que en el derecho probatorio la doctrina reconoce como campo reservado a la “discreta autonomía del juzgador”.

Referencia: expediente T-496244

Peticionario: José Antonio Gómez Hermida

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil uno (2001).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente :

SENTENCIA

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que se hizo en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección número nueve ordenó la selección del mencionado expediente por auto de 13 de septiembre de 2001.

I. ANTECEDENTES

El demandante actuando a través de apoderado judicial interpuso acción de tutela en contra de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de que le sea protegido su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por esa Corporación. En consecuencia, solicita la declaratoria de nulidad de todo lo actuado en el proceso penal adelantado por la entidad accionada en contra del doctor José Antonio Gómez Hermida.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones aduce los siguientes:

1. El apoderado del ciudadano demandante inicia la narración de los hechos que dieron lugar a la presente tutela, aduciendo que el doctor Gómez Hermida primero como Representante a la Cámara y luego como Senador de la República, realizó actividades políticas en el departamento del Huila de donde es oriundo.

Aduce que el manejo financiero de sus actividades y campañas políticas, estaban a cargo del diputado Eduardo Trujillo Falla, quien para el efecto contraía obligaciones y recaudaba dinero a nombre del movimiento político que presidía el demandante y de otros dirigentes políticos y, por lo tanto, desplegaba todas las relaciones con las entidades bancarias, corporaciones y aún con entidades particulares, todas tendientes al mismo fin. Considera el apoderado del accionante que este hecho no fue considerado con la importancia debida en la sentencia cuya nulidad se solicita.

2. En su calidad de miembro del Congreso de la República, el demandante tramitó y obtuvo en varias oportunidades auxilios parlamentarios y partidas del presupuesto con diferentes destinos. Se indica en la demanda que los últimos auxilios constan en la solicitud de apropiaciones que obra en el expediente, por un monto de \$45.432.000.00, descompuestos en cuatro partidas que se distribuyeron entre los Municipios de Neiva (\$33.000.000.00); La

Plata (\$10.000.000.00); Bogotá (\$432.000.00); y, por último Bogotá (\$2.000.000.00). Estas partidas, fueron incluidas en la Ley 64 de 1989 sobre el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1° de enero a 31 de diciembre de 1990.

Según el apoderado del actor, la Corte Suprema ignoró el manejo dado a más del 60% de las partidas citadas y, desconoció la normatividad de orden público que regula tanto la ejecución presupuestal como el encargo fiduciario a que hace referencia el artículo 73 de la Ley 64 de 1989, que a la letra dice “Además de los preceptos contenidos en esta Ley, serán aplicables a la gestión presupuestal las normas constitucionales, y demás disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia”.

3. Para el proyecto Neiva por un valor de \$33.000.000.00, y en procura de un manejo transparente y eficaz, se acudió al mecanismo financiero del encargo fiduciario, muy en boga por ese entonces y, en cumplimiento de lo señalado en dicho proyecto y en el respectivo plan de inversiones, el demandante “en forma accidental e irregular y por fuera de sus funciones como congresista”, suscribió el contrato de encargo fiduciario de administración No. 10 de 2 de noviembre de 1990 con el Banco Ganadero, sucursal Neiva, con la participación del Fondo Educativo Regional Huila, cuyo objeto contenido en la cláusula tercera del referido contrato consistía “En el manejo y administración de las sumas de dinero entregadas a EL FIDUCIARIO, con el fin de destinar dichas partidas a la promoción, apoyo y financiación de programas y ayudas culturales en todas sus manifestaciones, educativas, artísticas, deportivas, recreativas o de cualquier otra índole similar, a todos los niveles y modalidades, con sujeción a los reglamentos que para el efecto se señalan en cabeza de EL FIDUCIARIO, los cuales forman parte integrante del presente encargo fiduciario de administración”.

A juicio del apoderado del actor, la entidad accionada le niega al encargo fiduciario un elemento de su esencia cual es, que la administración y el manejo de los bienes fideicomitidos le compete al fiduciario, lo que establecen las normas de orden público que regulan la materia y se pacta en la cláusula tercera transcrita, así como en las cláusulas primera, cuarta y quinta. Asevera que de manera universal la ley y la doctrina señalan como elemento fundamental del contrato financiero típico de encargo fiduciario, la administración y el manejo de los dineros fideicomitidos a cargo del fiduciario, así lo disponen el artículo 2° de la Convención de la Haya sobre el Trust, el Código de Comercio, y las circulares externas 006 de 1991 y 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria.

Así las cosas, considera el apoderado del actor que ni la autonomía del derecho penal, ni la libertad probatoria del proceso penal, pueden ser fundamento para que la entidad demandada, al desconocer la normatividad de orden público en sus providencias de 29 de abril de 1998, 28 de enero de 1999 y diciembre 19 de 2000, afirmara que el actor realizó actos de administración de los recursos. Adicionalmente, señala que el Banco Ganadero para los contratos de encargo fiduciario tenía un modelo aprobado por la Superintendencia Bancaria y un reglamento de funcionamiento que exigía la conformación de un Comité de Administración en el cual necesariamente debía intervenir un empleado del fiduciario, que para el caso fue la señora Consuelo Azuero Durán, tesorera y funcionaria de la sección fiduciaria del Banco Ganadero, conforme a la circular 007 de 1991 de la Superintendencia Bancaria.

En concepto del representante judicial del actor, la Corte Suprema no sólo desconoció que se trataba de un encargo fiduciario de adhesión o utilización para la prestación masiva de servicios de los aprobados por la Superintendencia Bancaria, con un comité de administración, todo en los términos de la circular 007 de 1991 de esa entidad, sino que afirmó que el doctor Gómez Hermida estableció el mecanismo de comité de administración en su afán de apropiarse de los dineros del fideicomiso y, que el fiduciario se limitaba a cumplir las órdenes de ese comité no siendo responsable de la debida ejecución del encargo fiduciario y de las partidas del presupuesto nacional objeto del fideicomiso.

4. Se aduce en la demanda de tutela, que en total se consignaron \$33.000.000.00, en la cuenta No. 650-12167-6 del Banco Ganadero, sucursal Neiva, denominada Fondo Fiduciario José Antonio Gómez Hermida de giros de la Tesorería General de la Nación, en dos partidas: una por \$13.183.000.00, el 15 de febrero de 1991, y otra por la suma de \$19.817.000.00, el 1 de marzo del mismo año. De esta suma se hizo una primera afectación de \$86.802.00, para cancelar a la Previsora S.A. el valor de la prima del contrato de seguro de manejo a favor del Fondo Educativo Regional del Huila de los bienes integrantes del encargo fiduciario, siendo la asegurada Consuelo Azuero Durán, quien ya figuraba como tesorera en el plan de inversiones del fideicomiso.

Indica el apoderado del actor, que además de esa operación el fiduciario realizó seis más. Dentro de esas operaciones restantes, el fiduciario giró la suma de \$10.700.000.00, para atender “supuestamente” las instrucciones del comité de administración contenidas en la

Resolución 001 de 1991, que otorgaba auxilios educativos a las personas indicadas en la misma. De esa suma \$700.000.00 se ejecutaron en cumplimiento del encargo fiduciario. Sin embargo, en relación con el resto, esto es los \$10.000.000.00 restantes fueron girados y consignados mediante un cheque de gerencia en la cuenta personal del doctor Gómez Hermida, en el Banco Cafetero sucursal Carrera 13 de la ciudad de Bogotá, sin que mediara autorización. Sobre este punto, el apoderado del demandante indica que pese a los esfuerzos hechos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no se encontró la referida autorización. Tampoco se pudo acreditar que el sello de recibido del “supuesto documento de autorización” fuera del Banco Ganadero, circunstancias sobre las cuales la Corte Suprema no hizo ningún tipo de consideración.

Así mismo, manifiesta que la supuesta autorización que no se encontró en el banco y cuyo sello de recibido no se pudo acreditar, tiene la firma falsificada del doctor Gómez Hermida, situación que la demandada pasó por alto, sin preocuparse siquiera por indagar quién pudo haber sido la persona que suplantó la referida firma. No obstante, el demandante tanto en la indagatoria como en la ampliación de la misma, desconoció la firma y solicitó la corrección cuando se enteró de su ocurrencia.

5. El 5 de marzo de 1991 el Banco Ganadero de Neiva giró a la Fundación Integración del Huila y/o Tarquino Beltrán Trujillo, director ejecutivo de la misma, un cheque de gerencia por la suma de \$19.050.000.00, para entregar auxilios educativos a las personas relacionadas en el Acta 002 de 1991 que, contra todo procedimiento bancario fue cobrado por ventanilla y su monto aplicado a la cancelación de acreencias a favor del mismo banco y a cargo del doctor José Antonio Gómez Hermida y de amigos de su movimiento político. El cheque señalado apareció endosado por Tarquino Beltrán, pero la prueba grafológica posterior determinó que no se trataba de su firma ni de su manuscrito, sin que se sepa quien falsificó esa firma, como quiera que la Corte Suprema en lugar de superar la deficiencia probatoria, concluyó que con base en la libertad probatoria, los indicios y un testimonio, el falsario debió ser el doctor Gómez Hermida, en una manifiesta vulneración de los derechos al debido proceso, al derecho de defensa, a la necesidad de la prueba, al principio de inocencia, al in dubio pro reo, y a la sana crítica que exige el análisis en conjunto de las pruebas y la exposición siempre razonada del mérito que se le asigne a cada prueba, omitiendo someter a valoración el hecho de que el Gerente del Banco Ganadero de Neiva, quien para ese momento era Pablo Emilio Gamboa Peña, había sido condenado por el Juzgado 5° Penal del Circuito de Neiva por

los delitos de hurto agravado por la confianza y falsedad en documento privado

Se agrega que los dineros del cheque de gerencia cobrado por ventanilla, fueron utilizados para cancelar obligaciones cuyo tiempo de vencimiento las iba a poner en situación contable de dudoso recaudo, con la consiguiente carga financiera para el banco, esto es, suspender la causación de intereses y efectuar su respectiva provisión, lo que afectaba gravemente el estado de pérdidas y ganancias de la institución, con la consabida responsabilidad del gerente de la sucursal (Pablo Emilio Gamboa). Así las cosas, a juicio del apoderado del actor, en un flagrante conflicto de intereses, proscrito para el fiduciario por el artículo 1239 del Código de Comercio, optó entre cumplir el objetivo del fideicomiso o atender los intereses del banco, por lo que más le convenía, que fue arreglar su cartera y superar la prohibición legal de tener intereses incompatibles con el beneficiario.

6. Luego de relacionar los cuatro créditos a favor del Banco Ganadero atendidos con la suma del cheque de gerencia cobrado por ventanilla (\$19.050.000.00), manifiesta que en dos de ellos figura Eduardo Trujillo Falla y en uno su hermana, circunstancia que reconfirma el hecho de que el manejo del encargo fiduciario de las campañas y actividades políticas del movimiento político del actor, estaba a cargo del señor Trujillo Falla, y que no obstante la trascendencia de ese hecho, la Corte Suprema de Justicia lo paso por alto.

7. Manifiesta el apoderado del actor, que para la época de los hechos, el señor Nelson Lozada Pérez (fallecido), era el gerente del Banco Cafetero sucursal Carrera 13 de Bogotá, circunstancia que no pudo ser comprobada dentro del proceso penal adelantado contra el doctor Gómez Hermida, por cuanto la citación hecha por la corporación accionada se hizo a Nelson Lozada Perdomo, es decir, se cambio el segundo apellido, por lo que Bancafé respondió que ese señor no había sido empleado de esa institución. Ese error afectó en forma grave la prueba, implicó una violación al debido proceso y afectó el derecho de defensa.

Señala que dentro del proceso se encuentra acreditado que el señor Nelson Lozada Pérez era el Presidente del Consejo Directivo de la Fundación Integración del Huila para un período de dos años, lapso durante el cual otorgó un crédito a esa entidad por la suma de \$4.000.000.00, que fue destinado a cancelar el saldo de la obligación otorgada por la misma sucursal y el mismo gerente, y a atender la primera cuota del préstamo igualmente otorgado

por la misma sucursal y el mismo gerente a favor del señor Javier Esquivel. Todo esto, afirma el representante judicial del actor, es un antecedente de una actuación irregular que la Corte Suprema endilga al doctor Gómez Hermida para apropiarse de los dineros del fideicomiso.

Ahora bien, aduce el apoderado del actor que la diligencia de inspección judicial realizada en Bancafé el 23 de julio de 1998, contra lo predicado por la Corte Suprema de Justicia en su providencia de 28 de enero de 1999 es ilegal, por cuanto no se practicó en la forma establecida por el Código de Procedimiento Penal y, por consiguiente, no podía servir de fundamento a una decisión judicial. La corporación demandada confunde ineficacia con ilegalidad, circunstancia que viola el último inciso del artículo 29 superior. Así mismo, desconoce la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se ha precisado que "...es ineficaz la demostración de operaciones o de transacciones comerciales con copias microfilmadas durante el tiempo en que es obligatoria la conservación de los documentos originales que recogen dichas operaciones", ya que la microfilmación puede generar una manipulación -voluntaria o involuntaria- de los diferentes comprobantes que soportan la contabilidad de las operaciones bancarias.

8. Se aduce también en la tutela, que la Contraloría General de la República realizó juicio fiscal y archivó las diligencias sobre la ejecución presupuestal de los \$33.000.000.00 de auxilios parlamentarios aprobados por solicitud del doctor Gómez Hermida, teniendo en cuenta la inexistencia del mérito para continuar adelante con dicho proceso, circunstancia que también desconoció la Corte Suprema de Justicia, omitiendo el mandato que sobre el tema dispone el artículo 271 de la Carta Política.

9. El 24 de marzo de 1998 se efectuó a título de reintegro una consignación por la suma de \$19.050.000.00, a órdenes de la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, que no fue tomada en cuenta por la accionada para efectos de la atenuación punitiva que regula el artículo 139 del Código Penal, bajo el argumento que desconocía la identidad de la persona por cuenta de quien se restituyó, circunstancia que no es exigida por la ley.

10. El 30 de marzo de 1998, se vinculó al accionante al proceso penal ante la Corte Suprema de Justicia mediante la diligencia de indagatoria. El 21 de abril del mismo año, se definió su situación jurídica imponiendo medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva "sin que se hubiera recaudado hasta el momento ninguna prueba en el proceso

ante la Corte Suprema de Justicia, porque el expediente estaba conformado por pruebas trasladadas, que no se pusieron en conocimiento de las partes”.

11. Se añade que a pesar de que el monto de lo supuestamente apropiado era de \$29.050.000.00, para el día 4 de junio de 1998, ante la posición asumida por la demandada, se habían hecho reintegros por \$63.800.000.00, los que sumados al reintegro realizado por el Banco Ganadero por la suma de \$150.000.000, arrojan un total de \$213.800.000, suma exorbitante teniendo en cuenta que lo reintegrado supera en casi diez veces el monto de lo presuntamente apropiado.

12. El 6 de julio de 1998, el doctor Gómez Hermida rindió diligencia de ampliación de indagatoria. El 22 de septiembre de ese año se cerró la investigación, habiéndose negado a la defensa el decreto de varias pruebas, y sin que se hubiesen practicado algunas ya decretadas. Esa providencia fue recurrida infructuosamente.

El 28 de enero de 1999, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación, providencia que fue recurrida también infructuosamente.

13. Ante las irregularidades que se presentaron en el manejo y ejecución del fideicomiso, el doctor Gómez Hermida en comunicación de 3 de diciembre de 1998 formuló reclamación al Banco Ganadero y, en virtud de ese reclamo el 11 de mayo de 1999, se suscribió un acuerdo entre las partes mencionadas, mediante el cual el Banco reconoce expresamente su responsabilidad por no haber ejecutado el encargo fiduciario como era su obligación, ya que su gerente seccional atendió otros intereses y traicionó su correcto trámite, lo que originó que el fideicomiso no se cumpliera y, por ende, en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato de encargo fiduciario los dineros objeto del mismo fueron reintegrados a la Tesorería General de la Nación. Ese reintegro según el apoderado del actor, prueba que los dineros del encargo no salieron del fideicomiso y que las obligaciones a cargo del doctor Gómez Hermida y otros fueron atendidas por el banco con su propio patrimonio.

El reconocimiento de las anteriores circunstancias habrían conducido a la accionada indefectiblemente, a la conclusión de que no hubo apropiación de los dineros objeto del encargo fiduciario y, por lo mismo, no podría configurarse el delito de peculado por apropiación.

14. El 19 de septiembre de 2000, se profirió sentencia condenatoria en contra del doctor Gómez Hermida por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado, imponiéndosele una condena de 42 meses de prisión más una multa, sin haberse podido intentar ningún recurso de alzada, habida cuenta del trámite de única instancia que caracteriza esos procesos.

Considera el representante judicial del actor, que en relación con el delito de falsedad en documento privado, el dictamen grafológico no determina la autoría del doctor Gómez Hermida, pues a su juicio la Corte simplemente la deduce por fuera de toda inferencia lógica desconociendo la masa probatoria que arrojaba otra conclusión, así como la regla de oro del proceso penal del in dubio pro reo, posición que por lo demás no comparte el agente del Ministerio Público.

15. Considera el apoderado del actor que un punto que exhibe bastante trascendencia, es el que se encuentra referido al fuero de la Corte Suprema. En efecto, señala que el doctor Gómez Hermida fue elegido y actuó como miembro de la Cámara de Representantes en el período 1986-1990. En el año de 1989 logró la partida de auxilios referenciada para la vigencia presupuestal de 1990. Aduce que para esa época la Corporación sesionaba de manera ordinaria una vez al año, entre el 20 de julio y el 16 de diciembre, momento en el cual las actividades de los congresistas entraban en receso y no podían ejercer funciones parlamentarias. En el año 1990 el actor fue elegido en el mes de marzo como Senador de la República y tomó posesión del cargo el 20 de julio, finalizando la actividad en el Congreso el 16 de diciembre, pues el Congreso entró en receso hasta el 20 de julio de 1991.

Posteriormente, el 4 de febrero de 1991 se iniciaron las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente que revocó el mandato de los congresistas y convocó a elecciones parlamentarias para el 27 de octubre de 1991, instalándose ese Congreso el 1° de diciembre de 1991 para un período que culminaría el 19 de julio de 1994. Para ese período el doctor Gómez Hermida no fue elegido ni como Representante ni como Senador. Para el período 94-98, se presentó como candidato al Senado siendo elegido y tomando posesión de su cargo.

Para el apoderado del actor, ese hecho prueba que no era la Corte Suprema de Justicia la entidad competente para juzgar a su representado, por hechos ocurridos por fuera del

ejercicio de sus funciones como congresista.

16. Así las cosas, al aplicar un fuero inexistente se incurrió en un defecto orgánico que viola el principio constitucional de la favorabilidad y el debido proceso, como quiera que la corporación accionada desconoció su propia jurisprudencia de que únicamente era competente para conocer de los delitos cometidos por los congresistas que habían dejado de serlo cuando el delito tuviera relación con el ejercicio de las funciones desempeñadas. Aduce que cuando los hechos tuvieron ocurrencia el demandante no era congresista y esos hechos no tenían ninguna relación con las funciones asignadas por la Constitución y la ley a los congresistas.

17. Se violó también el principio de la investigación integral, toda vez que en el proceso penal que se adelantó contra el demandante, una de las pruebas omitidas fue la pericial grafológica del endoso del cheque por la suma de \$19.050.000, prueba crucial para el resultado de la investigación, sin que se hiciera ningún esfuerzo por conseguir manuscritos de esa época. Así mismo, se omitieron testimonios acerca de la conducta individual y familiar del doctor Gómez Hermida.

18. Considera el apoderado judicial que también se violaron los principios de lealtad procesal y presunción de inocencia, toda vez que se le impuso al ahora demandante medida de aseguramiento de detención preventiva sin que se hubiera decretado ninguna prueba en el proceso penal, distinta de la solicitud de antecedentes, pues las que obraban eran pruebas trasladadas de otro expediente y nunca fueron puestas en conocimiento de las partes.

Resulta también violatorio de la lealtad procesal la forma en que se incluyó en el expediente la autorización supuestamente emitida por el accionante para trasladar \$10.000.000.00 a su cuenta personal, pues en la inspección judicial practicada en las instalaciones del Banco Ganadero de Neiva, no se encontró la referida autorización.

19. Se conculcó el derecho a la igualdad procesal de las partes y a ser juzgado por un juez imparcial, pues al aplicar un fuero inexistente no existió separación entre el funcionario que debía realizar la investigación y el que debía juzgar. Igualmente considera violado el principio de la doble instancia consagrado como una garantía constitutiva del debido proceso, porque no se permitió al procesado la posibilidad de debatir la sentencia ante otra instancia, que hubiera podido subsanar o al menos intentarlo, todos los defectos que vulneraron los

derechos fundamentales del actor.

20. Se vulneró el derecho a la no autoincriminación, pues en concepto del apoderado judicial del actor, se profirió resolución de acusación afirmándose que el procesado había ocultado en la indagatoria que los \$10.000.000.00 habían sido trasladados a su cuenta en febrero de 1991, cuando claramente tenía derecho a guardar silencio de conformidad con lo prescrito por el artículo 33 de la Constitución, sin que tal hecho pudiera ser utilizado en su contra.

21. También se quebrantó el principio constitucional al debido proceso por no haberse declarado la prescripción de la acción penal. En cuanto al delito de falsedad en documento privado porque los hechos ocurrieron en el mes de marzo de 1991, y la resolución de acusación fue dictada el 19 de febrero de 1999, lo que significa que entre las dos fechas transcurrieron 7 años y 11 meses, tiempo superior al exigido por la norma que prevé la pena para el delito contra la fe pública (6 años).

En relación con el delito de peculado por apropiación porque ese delito en el anterior Código Penal era sancionado con una pena de cuatro a quince años de prisión, pero como hubo restitución integral debe aplicarse la disminución punitiva del artículo 139 ibidem. No obstante, la corporación accionada sin analizar esos aspectos, aplicó la antigua tesis de computar para la prescripción el máximo absoluto de la pena señalada en forma abstracta, sumando a ello las agravaciones específicas también en su máximo, pero en relación con las atenuaciones específicas deduciendo lo mínimo que ellas consagran.

A juicio del representante judicial, se debió computar el máximo de la agravación pero también el límite superior de la atenuante, de tal suerte que la sanción a considerarse en la prescripción sería la mitad, esto es, 7 años y 6 meses, siendo evidente la prescripción de la acción penal por el delito de peculado.

Réplica.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, después de precisar que la acción de tutela se encuentra dirigida contra una sentencia judicial, circunstancia que la hace improcedente, manifiesta que el fallo que se cuestiona fue proferido con cabal sustentación y plena juridicidad y, que se trata de un proceso que hizo tránsito a cosa juzgada, de tal suerte que la acción impetrada en manifiesto abuso del derecho y con invocación de alegatos

propios de una segunda instancia, se constituye en una mayúscula distorsión de los fundamentos, objetivos y alcances de la acción de tutela, que utilizada de esa manera acabara con las posibilidades de lucha contra la corrupción y coadyuvará a abatir lo que queda del Estado de derecho.

Añade que a lo largo del proceso se respetaron todas las garantías y previsiones contenidas en el artículo 29 superior y en sus desarrollos normativos, por lo que resulta inoportuno y superfluo entrar a rebatir en detalle cada punto de los enfoques por ahora atacados, como quiera que toda la actuación se sustenta en su propia juridicidad, como se puede constatar a través de la lectura objetiva de las fotocopias del expediente allegadas a la acción de tutela.

Finalmente, arguye la accionada que toda una gama de mecanismos de postulación, solicitud de nulidades, impugnaciones, etc, estuvieron a disposición de la defensa material y técnica del accionante y, en el caso de la pretendida prescripción hay una acción judicial que aún subsiste, la cual por lo demás deja sin sustento la acción de tutela incoada, que ninguna base jurídica presenta y, que por ende no puede prosperar.

II. FALLOS DE INSTANCIA

Sentencia de primera instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, previa vinculación al proceso del Ministerio de Educación Nacional y del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, puso fin a la primera instancia negando las pretensiones del accionante, argumentando en primer lugar que como el proceso cuya nulidad se solicita fue adelantado en única instancia resulta incuestionable el estudio de fondo de la tutela, bajo la consideración de que el accionante no cuenta, en principio, con otro mecanismo de defensa judicial para cuestionar el fallo emitido por la Corte Suprema, el cual considera lesivo de sus derechos fundamentales.

En relación con el tema de la falta de competencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, para investigar y juzgar al accionante, el fallador a quo adujo que de conformidad con la sentencia SU-047 de 1998 proferida por esta Corporación, en concordancia con el artículo 235 de la Constitución Política, la entidad accionada estaba facultada constitucional y legalmente para conocer del proceso penal adelantado contra el

doctor Gómez Hermida “así el mismo hiciera referencia a delitos cometidos en vigencia de la Constitución de 1886 o a la época en que le fue revocado el mandato a los congresistas por la Asamblea Nacional Constituyente”, sin que sea dable hablar de una aplicación retroactiva o desfavorable del fuero para los congresistas contemplado en el artículo 186 de la Carta, como quiera que esa norma consagra una competencia en razón de la calidad funcional del procesado, que por estar consagrada en el ordenamiento superior es de carácter neutro y de obligatorio cumplimiento.

Añade el fallador de primera instancia, que además de la misma definición de la situación jurídica, la accionada precisó que uno de los hechos imputables al actor era el delito de peculado por apropiación, por cuanto obrando en su condición de servidor público había participado en el proceso de distribución de los auxilios parlamentarios señalando el contrato fiduciario constituido a su nombre como destinatario de \$33.000.000. También se indicó, por parte de la entidad accionada, afirma el a quo, que las normas legales que regían el tema de los auxilios parlamentarios señalaban que era a los congresistas a quienes correspondía identificar dentro de la circunscripción electoral por la cual fueron elegidos, las entidades o proyectos merecedores de la ayuda financiera de la Nación, para lo cual se entregaban los pliegos correspondientes a las comisiones cuartas constitucionales permanentes, constituyendo esa una clara forma de participar en la administración de los recursos del Estado. Por ello, considera que no se puede afirmar que esa labor no se encontraba relacionada con las funciones de los congresistas.

Así las cosas, afirma el juez constitucional en primera instancia, que al existir conexidad tanto probatoria como sustancial entre los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado “ambos hechos punibles, ante la comunidad de sujeto pasivo de la acción penal, debían ser investigados y fallados en el mismo proceso penal (arts. 87 s.s. C. De P. Penal)”.

Concluye entonces que ni el proceso ni la sentencia atacada presentan el defecto orgánico alegado por el actor, porque la entidad accionada sí era la competente para conocer del proceso penal adelantado en su contra. Adicionalmente arguye que ese planteamiento jamás fue insinuado y menos discutido en el proceso penal.

En cuanto a las críticas al procedimiento seguido por la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia, considera que tampoco están llamadas a prosperar, pues la Constitución de manera expresa señala que los delitos cometidos por los congresistas serán de competencia de la corporación accionada (art. 186 C.P.) Por ello, a su juicio, no puede constituir un atentado contra los derechos fundamentales del actor, que las funciones de investigar y juzgar confluyan en un mismo ente y, tampoco se puede alegar que la accionada actuando como cualquier juez de la República hubiera negado la práctica de algunas pruebas solicitadas por la defensa por inconducentes, impertinentes o superfluas o, no hubiera accedido a revocar las providencias atacadas a través del recurso de reposición.

Aduce que del estudio de las copias del proceso se puede concluir que la mayoría de las pruebas solicitadas por la defensa fueron practicadas o reiteradas y se ordenaron de oficio otras, que si bien no fueron decretadas varias de las solicitadas por la defensa en la etapa del juicio, fue porque se trataba de ampliaciones de declaraciones sobre hechos impertinentes. Aclara que de tiempo atrás se ha establecido que no basta afirmar que se vulneró el debido proceso porque se dejaron de practicar o no se decretaron pruebas solicitadas por la defensa, sino que hay que demostrar que efectivamente esas pruebas hubieran cambiado el sentido de la decisión, de suerte que de haber contado con ellas el dicho sentido hubiera sido favorable al procesado.

En fin, luego de analizar el procedimiento adelantado por la accionada en relación con los ataques aducidos por el representante judicial del actor, considera que no existe un defecto procedimental, por cuanto todo el proceso fue tramitado con estricta sujeción al procedimiento fijado por la ley para resolver dicho asunto.

Ahora bien, en relación con la alegada prescripción de la acción penal, considera el fallador de primera instancia que ni la acción penal por el delito de falsedad ni por el de peculado se encuentran prescritas. Señala en relación con el primero de los delitos mencionados, que si los hechos que se le imputan al actor ocurrieron en el mes de marzo de 1991, cuando quedó en firme la resolución de acusación, en febrero de 1999 aún no había prescrito la acción penal por ese ilícito, porque el término a tener en cuenta, de conformidad con el artículo 82 del Código Penal, no es de seis años sino de ocho.

En relación con el delito de peculado, aduce el a quo que para esa modalidad delictiva la posición unánime de la Sala de Casación Penal, ha sido que para computar el lapso de la

prescripción de la acción penal "...no se toma la cantidad de la pena que se pueda aplicar en una sentencia de condena, sino la que aparece indicada como máxima en la correspondiente norma sustantiva en que pueda ubicarse la conducta bajo examen, con las adiciones y disminuciones que surjan de las circunstancias específicas de agravación p de disminución, sin que pueda excederse los topes máximos y mínimos previstos por la ley, teniendo en cuenta que las adiciones llegan hasta el punto máximo que la circunstancia de agravación permite y hasta el mínimo de la disminución en caso de atenuación".

Así las cosas, considera el juez constitucional que es evidente que en este caso la acción penal no está prescrita pues, en razón a la cuantía la pena máxima es de quince años de prisión, y aunque se disminuyera el mínimo de la disminución máxima permitida por el artículo 139 del Código Penal, ese fenómeno jurídico no había operado al quedar en firme la resolución de acusación.

Por otra parte, en cuanto a la valoración probatoria que realizó la entidad accionada, así como del contrato de fiducia, a juicio del fallador a quo, el apoderado judicial del actor, alega "sin expresarlo directamente" que la sentencia cuya nulidad se pretende presenta un defecto fáctico, al aducir que la valoración probatoria efectuada por la accionada no corresponde a la evidencia de los hechos. También aduce el fallador que se plantea la existencia de un defecto sustantivo, bajo el argumento de que no se tuvieron en cuenta las disposiciones legales que rigen el contrato de fiducia.

Luego de citar apartes de la sentencia T-555 de 1999 y, de realizar un breve razonamiento sobre la sentencia de la Corte Suprema que se cuestiona en torno a los alcances del contrato de fiducia, el a quo concluye que de la revisión del proceso y del fallo que se ataca se observa que todos los planteamientos esgrimidos en la acción de tutela, fueron aducidos ante la Sala de Casación Penal y, sobre ellos sentó su defensa el doctor Gómez Hermida. Encuentra que los mismos fueron desvirtuados uno a uno por la autoridad accionada, la que en ejercicio de su autonomía funcional y de la conformidad con las reglas de la lógica, de la sana crítica, y las normas legales pertinentes, determinó que los hechos investigados encontraban plena adecuación típica en los artículos 133 y 221 del Código Penal y, que se reunían los presupuestos exigidos por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia condenatoria. Por lo tanto, considera que no se presentan los defectos endilgados a la sentencia proferida por la Corte Suprema porque esa entidad valoró

razonadamente todo el material probatorio que obra en el proceso, razón por la cual niega la tutela impetrada.

Impugnación

El apoderado judicial del doctor Gómez Hermida, impugnó la sentencia de tutela proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinara del Consejo Seccional de la Judicatura. En su escrito de impugnación insiste en los argumentos que in extenso expuso en la demanda de tutela. Básicamente centra su descontento en la falta de análisis por parte del juez de primera instancia, en los aspectos relativos a la falta de competencia por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y en lo referente a la prescripción de los hechos punibles que se le endilgan al demandante. Así mismo, echa de menos la falta de análisis y estudio a profundidad sobre la institución de la fiducia, que en su concepto, con bastante claridad y solvencia intelectual expuso el doctor José Alejandro Bonivento Fernández, en la acción pública interpuesta.

En ese orden de ideas, reitera su petición de que se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se conceda la tutela impetrada.

Sentencia de segunda instancia.

El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, confirmó la providencia de primera instancia. Antes de entrar en el estudio de fondo del caso planteado, hace algunos breves planteamientos sobre la procedencia de la acción de tutela y la cosa juzgada, para lo cual cita apartes de la sentencia T-073 de 1997 proferida por esta Corporación.

En concepto del ad quem, la entidad demandada es sin lugar a dudas competente para conocer de los delitos cometidos por los congresistas y, en ese orden de ideas, puede adelantar esas investigaciones en todo momento sin necesidad de ninguna autorización. Adicionalmente, considera que elementales razones de sentido común y claras prescripciones constitucionales indican que la competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema no se refiere únicamente a los delitos cometidos por los congresistas como ciudadanos corrientes, sino que por el contrario, se extiende a los hechos punibles que se encuentren ligados al ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, aduce que si el delito imputado al doctor Gómez Hermida, se cometió en los meses de febrero y marzo de 1991, fecha para la cual ostentaba la calidad de congresista, resulta natural que la competencia para la investigación y juzgamiento se encontrara radicada en la Corte Suprema de Justicia, en atención al fuero de orden constitucional que detentaba el actor, por lo tanto, señala que no se observa la existencia de una vía de hecho por falta de competencia.

Ahora bien, considera el juez constitucional de segunda instancia que en relación con el fondo del debate planteado, no se observa la existencia de ninguna vía de hecho, pues la decisión de la entidad accionada no se motivó con base en aspectos subjetivos ni conceptos arbitrarios de los juzgadores, por el contrario, considera que la decisión atacada se edificó sobre las pruebas practicadas legal y oportunamente dentro del proceso, a las que además se les dio un valor en ejercicio de la autonomía judicial e interpretación de que se encuentran investidos por mandato constitucional los falladores.

Así, arguye que independientemente de que se compartan o no las motivaciones y valoraciones otorgadas a cada prueba, no es esa corporación la llamada a dictar otro juicio de valor para establecer si lo dicho por la Corte Suprema se ajusta o no al objeto materia de investigación penal, pues en ese caso, se estaría convirtiendo la acción de tutela en una instancia judicial para controvertir lo dicho por el órgano límite, lo que llevaría a la desnaturalización de esa acción pública.

Indica que es esa la razón por la cual unánimemente la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que las decisiones judiciales solamente admiten un control constitucional ante la excepcionalísima circunstancia de una grotesca interpretación, o ante el desconocimiento de pruebas que de haber sido tenidas en cuenta hubiesen variado la decisión del funcionario judicial. Sin embargo, continúa diciendo, que en el caso sub examine no se advierte ninguna arbitrariedad, como quiera que los argumentos expuestos por el accionante fueron tratados en la sentencia cuya nulidad se solicita, y la circunstancia de no compartir los razonamientos no habilitan al juez de tutela para invadir la autonomía funcional del juez natural.

En suma, señala que como no se observa a primera vista la existencia de una arbitrariedad o un concepto irracional, la sentencia acusada no puede considerarse como una vía de hecho

y, por lo tanto, confirmará la sentencia de primera instancia "...y no ahondará más en el tema ya que la providencia de la primera instancia se ocupó con lujo de detalles sobre cada uno de los temas puestos a consideración, argumentación ésta que se comparte en su integridad".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. La competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. El problema planteado

2.1. Como puede observarse de los antecedentes de esta acción de tutela sintetizados anteriormente, ella fue interpuesta por supuesta violación al debido proceso judicial que el actor considera vulnerado en el proceso penal adelantado contra él en única instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se dictó sentencia condenatoria contra el doctor José Antonio Gómez Hermida el 19 de diciembre del año 2000 por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado.

2.2. La vulneración del debido proceso alegada por el actor, la fundamenta en tres argumentos esenciales, a saber: el primero, en que la Corte Suprema de Justicia, carecía de competencia para adelantar el proceso penal a que esta acción de tutela se refiere, por tratarse de hechos ocurridos cuando el actor no tenía la investidura de congresista, habérsele juzgado como si tuviera tal investidura y, en consecuencia, como si tuviera fuero ante la Corte Suprema de Justicia, lo que hizo que su juzgamiento fuera en única instancia, ante un juez incompetente; el segundo argumento lo hace consistir en que la Corte Suprema de Justicia al proferir la sentencia condenatoria lo hizo sin competencia por cuanto la acción penal por el supuesto delito de falsedad en documento privado que se le imputa, se encontraba prescrita y, en lo que hace relación al supuesto delito de peculado por apropiación, por haber operado, también la prescripción de la acción penal; el tercer argumento, lo funda el actor, en deficiencias en la apreciación probatoria que llevaron a que

se le condenara por el supuesto delito de peculado por apropiación, sin tener en cuenta que los dineros incluidos en el presupuesto nacional como auxilios a obras benéficas o sociales y que él como miembro del Congreso logró que se incluyeran en el presupuesto, no fueron administrados ni gastados por él, en virtud de la existencia de un contrato de fiducia celebrado con el Banco Ganadero, sucursal Neiva, circunstancia desconocida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal al condenarlo; e igualmente en que, según su afirmación, se le condenó por el delito de falsedad en documento privado en concurso con el de peculado por apropiación, sin que ni uno ni otro estuvieran probados, con desconocimiento, además, de los principios de la investigación integral y de la presunción de inocencia.

2.3. Ha de reiterarse por la Corte, que al decidir sobre la revisión eventual de una acción de tutela ejerce la función constitucional que para el efecto le asigna el artículo 86 de la Carta y, en consecuencia, su pronunciamiento a ello se contrae, sin que, cuando se trata de providencias judiciales, se extienda a asuntos propios de la jurisdicción ordinaria.

3. Existencia o inexistencia del fuero parlamentario para el juzgamiento del actor por la Corte Suprema de Justicia.

3.1. Sostiene el actor, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, no tenía competencia para adelantar el proceso penal de que se trata contra el ciudadano José Antonio Gómez Hermida, por cuanto los hechos que se le imputan se sucedieron en los meses de febrero y marzo de 1991, es decir durante la vigencia de la Constitución de 1886 y sus reformas.

Ello significa, a su juicio, que la Corte Suprema de Justicia tenía definida su competencia para el juzgamiento de los congresistas en los términos precisos señalados tanto en la Constitución Política por entonces vigente, como en el Código de Procedimiento Penal que, a la sazón lo era el Decreto-ley 050 de 1987. Es decir que, la Corte Suprema de Justicia sólo podía juzgar en esa época a los miembros del Congreso cuando tomaran parte en deliberaciones adelantadas “con la mira de ejercer funciones propias de la rama legislativa del poder público” efectuadas “fuera de las condiciones constitucionales”, conforme al precepto contenido en el artículo 75 de la Carta Política citada, que correspondía al artículo 10 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, norma que fue desarrollada por el artículo 68 del

Código de Procedimiento Penal ya aludido y entonces en vigor, en el cual se regulaba la competencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, que en su numeral 9° le asignó el conocimiento “de las causas de responsabilidad por hechos punibles cometidos por los senadores y representantes, en el caso del artículo 75 de la Constitución Política”.

Agrega el actor, que la Corte Suprema de Justicia para juzgarlo dio aplicación al artículo 235 de la Constitución de 1991, cuyo numeral 3° establece que esa Corporación tiene atribución para “investigar y juzgar a los miembros del Congreso”, norma ésta que el Código de Procedimiento Penal expedido mediante Decreto-ley 2700 de 1991, desarrolló en su artículo 68, numeral 6°, en el cual se estableció que a la Corte Suprema de Justicia corresponde conocer “del juzgamiento de los funcionarios a que se refieren los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 235 de la Constitución Nacional”.

Afirma que el fuero establecido por la Constitución de 1991 debe ser interpretado de manera restrictiva, es decir, para hechos cometidos a partir de la vigencia de esa Carta Política, que sustituyó íntegramente la de 1886 y sus reformas, razón ésta por la cual en el mes de marzo de 1991, época de la comisión de los hechos y en la que por él no se ejercían funciones como congresista, la Corte Suprema de Justicia no tenía competencia para conocer de delitos comunes en que incurrieran los miembros del Congreso, puesto que la ley solamente se la asignó para el conocimiento de las conductas delictuales en que éstos pudieran incurrir en los casos contemplados por el artículo 75 de la Constitución de 1886 y sus reformas, o sea únicamente por el ejercicio ilegítimo de la función legislativa.

3.2.1. La Constitución derogada y el Código de Procedimiento Penal entonces vigente.

3.2.1.1. Como es suficientemente conocido, la Constitución anteriormente vigente estableció como mecanismos protectores de la independencia y autonomía de los miembros del Congreso, dos instituciones diferentes pero complementarias, que lo fueron la inviolabilidad por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de su cargo, y la inmunidad en virtud de la cual no podía ser llamado a juicio criminal, ni aprehendido sin permiso de la Cámara a que perteneciera, ningún miembro del Congreso, durante las sesiones, cuarenta días antes y veinte días después de éstas (arts. 106 y 107 Constitución anterior).

3.2.1.2. Ello significa, que para el efectivo cumplimiento de un auto de detención proferido contra un miembro del Congreso en la etapa de la instrucción penal, o para su juzgamiento

en el proceso respectivo, se requería el levantamiento de la inmunidad del congresista por la Cámara a que él perteneciera, excepción hecha del caso de flagrancia caso en el cual podía procederse a su captura inmediata, pero poniendo al autor del hecho a disposición de la Cámara respectiva dentro de las veinticuatro horas siguientes, para que ella decidiera sobre el levantamiento de la inmunidad.

3.2.1.3. Conforme a lo expuesto en los numerales inmediatamente precedentes, es claro entonces, que la competencia para la investigación y el juzgamiento de hechos presuntamente delictuales imputados a los congresistas correspondía a los funcionarios de instrucción y a los jueces comunes, sin que para entonces existiera ningún fuero por la investidura de Senadores de la República o Representantes a la Cámara.

3.2.1.4. No obstante, cuando se tratara de los llamados “delitos de responsabilidad” en que pudieran incurrir los individuos de una y otra Cámara que con el pretexto de ejercer funciones legislativas se reunieran fuera de las condiciones constitucionales, su juzgamiento correspondía a la Corte Suprema de Justicia (art. 75 Constitución de 1886, reformado por el artículo 10 del Acto Legislativo No 1 de 1968), en armonía con el artículo 68, numeral 3° del Decreto-ley 050 de 1987 -Código de Procedimiento Penal-.

3.2.2. La Constitución de 1991 y el Decreto-ley 2700 de 1991

3.2.2.1. Diferente es la situación a la luz de la Constitución Política de 1991, pues, como se sabe en ella se mantuvo la inviolabilidad de los congresistas por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio de su cargo, como al efecto lo establece el artículo 185 de la Carta Política. Pero no ocurrió lo mismo en cuanto hace referencia a la inmunidad que a los congresistas les otorgaba la Constitución anterior, la cual fue abolida en la nueva Carta que, en cambio, instituyó para aquellos un fuero especial ante la Corte Suprema de Justicia, que comprende tanto la investigación como el juzgamiento de los miembros del Congreso, conforme fue establecido por ella en el artículo 235, numeral 3° superior.

3.2.2.2. El Decreto-ley 2700 de 1991, mediante el cual se expidió el Código de Procedimiento Penal para adecuar la legislación a la nueva Constitución, en su artículo 68 regula lo atinente a la competencia de la Corte Suprema de Justicia y, en su numeral 6° le atribuye a la Sala de Casación Penal, el juzgamiento, entre otros servidores públicos, de los miembros del Congreso, conforme a lo establecido por el numeral 3° del artículo 235 de la

actual Carta Política.

3.2.3. La situación concreta del doctor José Antonio Gómez Hermida frente a la Constitución Política y al Código de Procedimiento Penal

3.2.3.1. Por iniciativa del doctor José Antonio Gómez Hermida, Representante a la Cámara, para la vigencia fiscal de 1990, se incluyó en el presupuesto nacional la suma de \$33.000.000.00 para obras de desarrollo regional, fomento educativo, cultural y becas estudiantiles.

3.3.3.2. Para la administración de esos recursos se suscribió con el Banco Ganadero, sucursal Neiva, un contrato de encargo fiduciario de administración el 2 de noviembre de 1990, distinguido con el No. 10, para lo cual se acordó que la Tesorería General de la República y/o las entidades indicadas por el actor, girarían esa partida a nombre de la cuenta especial “Fondo José Antonio Gómez Hermida”.

3.3.3.3. El 21 de febrero de 1991, con cargo a la cuenta del Fondo mencionado fue retirada una suma de \$10.000.000.00, mediante cheque de gerencia No.816294 para consignar en el Banco Cafetero, sucursal carrera 13 de la ciudad de Bogotá, en la cuenta corriente No. 014046528 cuyo titular era José Antonio Gómez Hermida, suma de dinero con la cual se cubrió un sobregiro y se utilizaron \$7.250.000.00 para aplicar a obligaciones a cargo de la Fundación Integral del Huila, Lola Constanza Ramírez Guzmán, quien fue cónyuge del actor, y Javier Esquivel Ramírez.

3.3.3.4. Mediante Resoluciones 001 y 002, la primera sin fecha de expedición y la segunda calendada el 5 de marzo de 1991, el Comité de Administración del Contrato de Encargo Fiduciario a que se ha hecho mención, ordenó “otorgar y pagar” unos auxilios educativos a distintas personas por valor de \$10.700.000.00 y la suma de \$19.050.000.00 a la Fundación Integración del Huila y/o Tarquino Beltrán Trujillo, para cancelar distintas sumas de dinero a otras personas.

3.3.3.5. Por decisión del Fiscal Octavo Seccional de Neiva de 17 de septiembre de 1997, en la investigación adelantada por él contra Tarquino Beltrán Trujillo, ordenó la expedición de copias con destino a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, para que se investigara la posible comisión de delitos por los hechos descritos en los numerales

inmediatamente precedentes, de los que presuntamente sería responsable el doctor José Antonio Gómez Hermida, Senador de la República en esa fecha.

3.3.3.6. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, abrió el 11 de noviembre de 1997 investigación preliminar y, al concluirla, declaró abierta la instrucción penal el 23 de febrero de 1998.

El 30 de marzo de 1998, a ese proceso penal se vinculó mediante diligencia de indagatoria al doctor José Antonio Gómez Hermida, luego de lo cual se le dictó medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva el 21 de abril de 1998, la cual permaneció vigente hasta el 11 de junio de 1998, fecha en la cual se le concedió libertad provisional.

3.3.3.7. Cerrada la investigación, el 28 de enero de 1999 se acusó al Senador José Antonio Gómez Hermida como autor de los delitos de peculado por apropiación en concurso con falsedad en documento privado.

3.3.3.8. La Sala de Casación Penal profirió sentencia condenatoria el 19 de diciembre de 2000 contra el procesado José Antonio Gómez Hermida, por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado por los cuales había sido acusado.

3.3.3.9. Como puede observarse, los hechos que se le imputan al ciudadano José Antonio Gómez Hermida y por los cuales se dictó resolución de acusación y sentencia condenatoria, fueron acaecidos en los meses de febrero y marzo de 1991.

Con fundamento en esa circunstancia temporal sobre la época de comisión de los hechos por los cuales se inició la investigación penal contra el actor en esta tutela, se aduce por él que la Corte Suprema de Justicia carecía de competencia por cuanto fue elegido como Representante a la Cámara en el período constitucional 1986-1990 y Senador de la República para el período 1990-1994, período éste último en el que no pudo ejercer sus atribuciones el Congreso de la República por haber sido suspendido en ellas por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente. A lo cual ha de agregarse que en el año de 1991 tampoco se reunió en el primer semestre para sesionar el Congreso de la República. De ello concluye el actor que conforme al artículo 75 de la Constitución de 1886, en armonía con el artículo 68, numeral 9° del Código de Procedimiento Penal entonces vigente (Decreto-ley 050 de 1987), no era justiciable ante la Corte Suprema de Justicia, por cuanto los hechos que se le imputan

no constituyen una causa de responsabilidad por haber participado en reuniones ilegales del Congreso con la mira de ejercer funciones legislativas.

Con todo, se observa por la Corte Constitucional que en virtud de haber sido compulsadas copias por la Fiscalía Octava de Neiva, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal ordenó la apertura de una investigación preliminar por la posible comisión de delitos comunes el 11 de noviembre de 1997, a la cual siguió luego la apertura de la investigación dentro del proceso penal el 23 de febrero de 1998, proceso al cual fue formalmente vinculado el ciudadano José Antonio Gómez Hermida el 30 de marzo de 1998, fecha ésta para la cual tenía la calidad de Senador de la República, pues fue investido de ella por decisión popular para el período constitucional de 1994-1998 y reelegido luego como tal en el período constitucional de 1998 a 2002.

Ello significa que este proceso penal, tanto en su fase de instrucción como en la de juzgamiento fue adelantado cuando el procesado José Antonio Gómez Hermida tenía la investidura de Senador de la República, razón esta por la cual, conforme a lo dispuesto por el artículo 235, numeral 3° de la actual Constitución Política, la competencia para el efecto le correspondía a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, pues en desarrollo de lo establecido en la citada norma constitucional, a dicha Sala le fue asignada esa competencia por el artículo 68, numeral 6° del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual se cumplieron todos los actos procesales (Decreto-ley 2700 de 1991).

En apoyo de la aserción anterior, en relación con el fuero otorgado a los congresistas para ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia, ha de tenerse en cuenta que dicho fuero no se instituye como un privilegio de carácter personal, sino en razón de la investidura y con una finalidad protectora de la integridad y la autonomía del Congreso de la República. Por eso no puede admitirse que sólo tenga operancia respecto de hechos presuntamente delictuosos que sean cometidos por el sindicado cuando ostente la calidad de miembro del Congreso, pues, aun cuando en este caso tiene fuero, también este se extiende a hechos anteriores a su posesión como Senadores de la República o Representantes a la Cámara si el proceso penal se adelanta cuando se encuentran en ejercicio de sus funciones. Es decir, si el hecho se cometió antes de que el sindicado ostentara la calidad de miembro del Congreso pero el proceso penal respectivo se inicia después de que adquiriera dicha calidad, el fuero ha de aplicarse necesariamente para cumplir con la finalidad constitucional que se le asigna que,

se repite, no es de carácter individual ni en beneficio personal sino institucional.

De esta suerte, en este caso concreto, todos los actos del proceso se cumplieron ante la Corte Suprema de Justicia y por ella cuando el procesado José Antonio Gómez Hermida tenía la investidura de Senador de la República, como quiera que la apertura de la investigación preliminar se realizó el 11 de noviembre de 1997, la investigación penal se ordenó por auto de 23 de febrero de 1998, se le recibió indagatoria el 30 de marzo de 1998, y el proceso culminó con sentencia del 19 de diciembre de 2000, y se encuentra acreditado que aun cuando los hechos que se le imputan ocurrieron en febrero y marzo de 1991, el proceso penal, en su integridad, se inició y tramitó cuando el sindicado tenía la calidad de Senador de la República pues fue elegido como tal para los períodos constitucionales de 1994 a 1998 y de 1998 a 2002.

Siendo ello así, queda claro que el proceso penal de que se trata no fue adelantado contra el accionante por un delito de responsabilidad por haber participado en reuniones ilegales del Congreso, conforme lo disponía el artículo 75 de la Carta de 1886 con sus reformas, único caso en que conforme a ella era competente la Corte Suprema de Justicia para juzgar a los congresistas, atribución desarrollada por el artículo 68, numeral 9° del Decreto-ley 050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal entonces vigente); y, de la misma manera, resulta diáfano que el proceso penal a que esta acción de tutela se refiere se inició, tramitó y concluyó, durante la vigencia de la Constitución de 1991, razones estas que llevan a la conclusión ineludible de que la competencia para el conocimiento de este proceso correspondía a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en virtud de la calidad de miembro del Congreso que ostentaba el actor al inicio del proceso penal, durante su trámite y hasta su finalización, pues siempre mantuvo esa calidad lo que significa que no le era aplicable la regla excepcional contenida en el parágrafo del artículo 235 de la Constitución actual en la que se preceptúa que si se cesa en el ejercicio del cargo “el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”.

De aceptarse la argumentación expuesta por el accionante, se llegaría entonces a una conclusión diversa y lesiva de la autonomía, integridad e independencia del Congreso de la República, pues ello significaría que por hechos acaecidos cuando no se tiene la calidad de miembro del Congreso, los congresistas en ejercicio de sus funciones pudieran ser

investigados por los fiscales competentes y juzgados por jueces distintos a la Corte Suprema de Justicia, con la posibilidad de que si se les dictaran medidas de aseguramiento o sentencias condenatorias pudiera así afectarse a la Cámara a que pertenezcan prescindiendo de ellos, por decisión de un juez o fiscal de rango inferior a la Corte Suprema, que fue, precisamente lo que la Constitución de 1991 abolió al instituir el fuero a que se ha hecho referencia, el cual sustituyó la inmunidad parlamentaria que antes existía conforme a lo que establecía el artículo 107 de la Constitución anterior.

4. La prescripción de la acción penal y la improcedencia de la acción de tutela.

4.1. Como ya se vio en los antecedentes de esta providencia, el actor asevera que para los delitos de falsedad en documento privado y peculado por apropiación, por los cuales se adelantó el proceso penal en su contra y se le condenó por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, esta carecía de competencia por haber operado la prescripción de la acción penal para ambos delitos.

Así, en cuanto al primero de ellos, afirma que conforme al artículo 221 del Código Penal de 1980, la falsedad en documento privado, cuando el mismo se usa por quien lo falsifique, tenía como pena la prisión de uno a seis años; y agrega que en la sentencia se le impuso un aumento de pena de cuatro meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas, en razón del concurso de infracciones (art. 26 Código Penal mencionado), con el de peculado por apropiación. Expresa así mismo que, de acuerdo con el artículo 80 del mismo código la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena pero, sin que sea inferior a cinco años ni exceda de veinte el término prescriptivo, el que se computará según las reglas establecidas en el artículo 83 de dicho estatuto penal, en armonía con el artículo 84 íbidem.

Conforme a esas reglas, manifiesta el actor que el último de los hechos constitutivos de la falsedad en documento privado que se le imputa se habría realizado el 1 de marzo de 1991, y, dado que la resolución de acusación quedó ejecutoriada el 19 de febrero de 1999, ello significa que operó la prescripción de la acción penal pues entre las dos fechas transcurrieron “siete (7) años, once (11) meses y dieciocho (18) días, tiempo muy superior al exigido para la prescripción de la falsedad documental (seis años)”.

Ahora, en cuanto al delito de peculado por apropiación, señala que el artículo 133, inciso segundo, del Código Penal de 1980, fijó para ese delito una pena de cuatro a quince años de

prisión e interdicción de derechos y funciones públicas de dos a diez años. Pero, agrega el actor, que como en este caso se efectuó la “restitución integral total o completa” en el monto fijado por la ley, la pena a imponer en el caso de que el delito hubiere existido sería objeto de atenuación conforme a lo previsto en el artículo 139 del mismo código, es decir, reducida la pena a las tres cuartas partes de la misma, según la interpretación que para llegar a tal conclusión se expresa en el escrito de tutela.

Por ello, aun si la pena a imponer fuera “con un criterio severísimo, de la mitad de la misma”, ella “quedaría en siete (7) años, seis (6) meses, siendo evidente la prescripción del delito de peculado”.

4.2. Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, cuando existe otro medio de defensa judicial, como ocurre cuando para combatir una providencia se ha previsto por la ley la posibilidad de ejercer recursos ordinarios o extraordinarios contra ella, no es procedente la acción de tutela.

4.3. Así, en desarrollo del postulado a que se ha hecho referencia en el párrafo precedente, la Corte Constitucional en sentencia SU-913 de 29 de agosto de 2001, en la cual se decidió una acción de tutela contra sentencia penal de única instancia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la cual se invocó para proponerla la existencia de la prescripción de la acción penal, expresó que era improcedente por la existencia de otro medio de defensa judicial.

En efecto, se dijo en la citada providencia que ese medio judicial alternativo “[e]s el consagrado en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal anterior (220 actual) consagra la acción de revisión, que sería aplicable en el presente caso. Dice la norma que:

“La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:.....

“2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción.... O por cualquier otra causal de extinción de la acción penal”.

Hay, pues una acción procesal expresamente establecida para dilucidar si había presunta

prescripción de la acción penal. La jurisprudencia de la Corte Suprema, al referirse a esta causal dijo:

“La causal segunda de revisión, tal como ha sido concebida en el estatuto procesal penal, pareciera regular exclusivamente hipótesis de extinción de la acción penal anteriores al fallo, dejando fuera de previsión situaciones que por igual pueden llegar a presentarse como consecuencia del mismo o en el trámite de su ejecutoria.

Es esta la situación que acontece con la prescripción que, como se sabe, puede producirse antes, con ocasión o después de la sentencia. Es antecedente, cuando para la fecha de su proferimiento, la acción se halla prescrita; consecuencial, cuando el fenómeno acontece por virtud de las decisiones adoptadas; y, sobreviniente, si el término prescriptivo se cumple después de haberse dictado y antes que la decisión quede en firme .

El primer caso no ofrece mayores dificultades, entre otras razones porque es la hipótesis que la causal expresamente refiere, y ocurre cuando el juzgador adopta el fallo sin percatarse que la acción está prescrita. En este evento, por mandato del artículo 240.1 ejusdem, el juez de revisión debe invalidar la sentencia y dictar la providencia de sustitución, que no puede ser distinta de la cesación de todo procedimiento por improseguibilidad de la acción penal.

El segundo caso se presenta cuando en el fallo se toman decisiones con repercusiones en la punibilidad, determinando el advenimiento del fenómeno extintivo, bien porque elimine agravantes o reconozca atenuantes, o haga menos rigurosos los grados o formas de participación o de culpabilidad, o varíe favorablemente la tipificación de la conducta, para citar algunos pocos ejemplos.

Esta hipótesis, como ya se anotó, pareciera no hacer procedente la revisión a juzgar por el texto de los artículos 232.2 y 240.1, pero en razón a que la prescripción es fenómeno posible de concretarse en cualquier momento del proceso, aún después de la sentencia, debe quedar comprendida en este motivo de procedencia, al lado de la prescripción antecedente. (Sentencia de 29 de julio de 1997, M.P. Fernando Arboleda Ripoll).

En conclusión, mediante la acción de revisión ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, puede plantear el accionante, a través del defensor, la causal de prescripción.

No se puede argüir que el tema de la prescripción ya fue definido en la sentencia, porque precisamente la revisión es contra sentencias ejecutoriadas y, con mayor razón cuando se trata de una sentencia proferida en única instancia.

Dentro del debido proceso, reconocido en el artículo 29 de la Constitución, existe el derecho a ser juzgado ante Juez competente. Esto significa que si una persona es juzgada por Juez que carece de competencia por haber prescrito la acción, se le desconoce el debido proceso.

Como lo relativo a la prescripción se puede analizar en la acción de revisión, ello conlleva que en dicho procedimiento se puede indagar si se violó el debido proceso por falta de competencia y por ende si se incurrió en la nulidad prevista en el artículo 306 del C.P.P.. En la nulidad opera el principio de la preclusividad, excepto cuando se trata de recursos extraordinarios como el de casación y revisión (art. 309 del nuevo C.P.P.). Y, el artículo 227 de dicho nuevo Código de Procedimiento Penal, en relación con la prescripción de la acción penal, establece lo siguiente: “Si la Sala encuentra fundada la causal invocada, procederá de la siguiente manera: 1. Declarará sin valor la sentencia motivo de la acción y dictará la providencia que corresponda, cuando se trate de la prescripción de la acción penal...”. (Subraya fuera del texto).

Además, lo que se persigue es que se remueva lo decidido en una sentencia ejecutoriada. Por tanto, lo procedente es la acción de revisión, consagrada en el Código de Procedimiento Penal.

La pregunta que surge es si la acción de revisión es el mecanismo idóneo para proteger, en cuanto al tema de la prescripción, el derecho fundamental que el accionante considera pudiere habersele violado.

Al respecto la Corte expresa que existiendo como causal de revisión el que la acción no podía proseguirse por la prescripción, se considera que el accionante puede alegar la presunta violación de su derecho al debido proceso en dicha acción.

En efecto, es evidente que si la Corte considera que existe la revisión como medio idóneo, eficaz y alternativo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, integrada por Conjueces, dentro de su autonomía e independencia, tendrá la oportunidad de analizar si se

desconoció el debido proceso por falta de competencia al proferirse la resolución de acusación y luego la sentencia condenatoria, estando prescrita la acción penal.

La Corte Constitucional reitera en esta ocasión que cuando exista otro medio judicial principal, como es el caso del recurso extraordinario de casación y de la acción de revisión, podría instaurarse nuevamente la acción de tutela si el accionante considera que con dicho medio se le pudieran haber violado sus derechos fundamentales.

Esto, por cuanto el accionante tiene pleno derecho a que mediante una acción judicial se analice si se le desconoció el debido proceso, máxime cuando fue condenado en única instancia.

La idoneidad y eficacia del medio alternativo es instancia propicia para que se examine la pretensión del accionante, pero no significa que sea un medio que le garantiza siempre la prosperidad de lo que alega en dicho recurso. La Corte no puede, al decidir que existe otro medio alternativo, que debe resolverse ante otro Juez, examinar si prosperaría o no la pretensión de quien instaura la tutela, porque se trataría del estudio del fondo de lo alegado, lo cual escapa a la competencia de la Corte Constitucional". (Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra).

4.4. Siendo ello así, y como quiera que en esta acción de tutela al igual que en la decidida mediante la citada sentencia SU-913 de 29 de agosto de 2001, se invoca como fundamento la falta de competencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, no es procedente conceder la tutela impetrada, pues se repite, para alegar la prescripción existe como medio judicial para el efecto, la acción de revisión prevista en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal anterior (Decreto-ley 2700 de 1991), hoy artículo 220 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

5. La condena por el concurso de delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado y su prueba o ausencia de esta.

5.1. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2000, condenó al actor como autor de los delitos de peculado por apropiación en concurso con falsedad en documento privado.

Para ello, afirma la Corte Suprema que se encuentra demostrado que el doctor José Antonio Gómez Hermida, en ese entonces Representante a la Cámara, consiguió la inclusión de \$33.000.000.00 de pesos para el presupuesto de la vigencia fiscal de 1990, con destino a obras de desarrollo regional, fomento cultural y becas en el departamento del Huila, luego de lo cual el Fondo que lleva su nombre y que él presidía, suscribió un contrato de encargo fiduciario distinguido con el No. 10 de 2 de noviembre de 1990 con el Banco Ganadero, sucursal Neiva, según el cual el valor de los auxilios respectivos se giraría a quienes se indicara por el fideicomitente, lo cual, a juicio de la Corte Suprema indica que actuó el sindicato “no sólo como coadministrador sino como gestor e indirectamente cobrador de los mismos”.

Asevera la Corte Suprema de Justicia, que el doctor José Antonio Gómez Hermida, en virtud de su condición de congresista, primero Representante a la Cámara y luego Senador de la República, ostentaba la calidad de sujeto calificado exigida por el artículo 133 del Código Penal y que, en ejercicio abusivo de su función “se apropió de los dineros que el Estado había canalizado hacía el cumplimiento de fines de ayuda educativa, que se desviaron para cancelar o abonar obligaciones a cargo del procesado o de seguidores políticos suyos”. Así ocurrió, según se expresa en la sentencia condenatoria proferida contra el demandante, en cuanto hace relación a la suma de \$10.000.000.00 girados al Banco Cafetero, sucursal carrera 13 de Bogotá, con cargo a la cuenta manejada en virtud del contrato de encargo fiduciario por el Banco Ganadero, sucursal Neiva, para el pago de obligaciones del deudor José Antonio Gómez Hermida, e igualmente con la suma de \$19.050.000.00 que mediante cheque de gerencia girado a la Fundación Integral del Huila y/o Tarquino Beltrán Trujillo, posteriormente fueron cobrados por ventanilla por persona diferente de uno de sus beneficiarios, para cuyo efecto fue suplantado Tarquino Beltrán T.

5.2. Por su parte, el actor aduce que si bien es verdad que él, como miembro del Congreso logró la inclusión de la suma aludida como auxilios regionales para el fomento de la educación y la cultura en el departamento del Huila, no es cierto que haya intervenido en el manejo de esos dineros, ni que haya participado en las operaciones bancarias para el pago con parte de ellos de obligaciones suyas y de otras personas, por cuanto para la administración de tales recursos fue celebrado un contrato de encargo fiduciario con el Banco Ganadero, sucursal Neiva, con quien ese banco se entendía para el efecto, dada la índole de las funciones que él desempeñaba en la Fundación José Antonio Gómez Hermida y

como directivo de su movimiento político.

Afirma el accionante que la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia desconoció la normatividad que rige el contrato de encargo fiduciario, así como las propias cláusulas pactadas por las partes en el contrato específicamente celebrado para la administración y manejo de los auxilios a que se ha hecho mención con el Banco Ganadero. Así, la Corte Suprema de Justicia no tuvo en cuenta que en el encargo fiduciario existe como elemento de la esencia del contrato, que la administración y manejo de los bienes fideicomitidos le corresponde al fiduciario, -no al fideicomitente-, circunstancia que además, en este caso expresamente se convino en las cláusulas primera y tercera del mismo, lo cual imponía al fiduciario la utilización de los medios técnicos y profesionales requeridos para la mejor administración e inversión de las sumas de dinero recibidas, según la cláusula quinta del contrato en mención.

Es decir, que no era el procesado quien tenía bajo su cuidado la administración y manejo de las sumas de dinero cuya inclusión en el presupuesto nacional de 1990 había gestionado, sino el Banco Ganadero, sucursal Neiva, como administrador fiduciario, administración de la cual éste último debería rendir cuentas como tal.

Insiste además el actor, en que el contrato de encargo fiduciario es un contrato de adhesión, regulado por normas de orden público y bajo la estricta sujeción a los modelos previamente aprobados por la Superintendencia Bancaria, que excluyen la responsabilidad que por el manejo de los dineros fideicomitidos tenga el fideicomitente.

Por otra parte, asevera el actor que para el manejo y administración de los dineros a que se refiere el contrato de encargo fiduciario a que se ha hecho mención, siempre debería mediar una orden de un comité especialmente previsto para ese efecto, sin cuyo concurso no podían ser entregados dineros a nadie con cargo a dicho contrato, razón esta por la cual la Corte Suprema de Justicia no tiene fundamento jurídico al imputarle conducta delictual en el manejo de tales dineros al doctor José Antonio Gómez Hermida.

Tampoco tuvo en cuenta la Corte Suprema, a juicio del actor en tutela, que el giro realizado por el Banco Ganadero, sucursal Neiva, por la suma de diez millones de pesos, a la cuenta personal del doctor José Antonio Gómez Hermida, en el Banco Cafetero, sucursal carrera 13 de Bogotá, se hizo sin que mediara ninguna autorización prevista para ello, pues, aun cuando

el gerente de la primera de las instituciones mencionadas afirma que el giro de esa suma de dinero se realizó “según carta de autorización enunciada en la nota débito”, a continuación manifiesta que ésta “no se encontró pero se continúa en su búsqueda”, documento que, afirma el tutelante, no fue posible localizar en las diferentes inspecciones judiciales practicadas al banco, sin que a este respecto haya dicho nada la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto al cheque de \$19.050.000.00, girado por el Banco Ganadero, sucursal Neiva a la Fundación Integración del Huila y/o Tarquino Beltrán Trujillo para distribuir auxilios educativos a algunas personas del Huila, asevera el actor que ese cheque “contra todo procedimiento bancario, aparece cobrado por ventanilla y su monto aplicado a la cancelación de acreencias a favor del mismo banco y a cargo del doctor José Antonio Gómez Hermida y de amigos de su movimiento político”, título valor que “apareció endosado por Tarquino Beltrán”, firma cuya autenticidad no se ha podido establecer por cuanto “la prueba grafológica posterior determinó que no se trataba de su firma ni de su manuscrito”, situación ante la cual la Corte Suprema de Justicia concluyó “que debió ser del doctor Gómez Hermida”, para lo cual acudió a un análisis de prueba indiciaria y testimonial.

Por último, afirma que cobrado el cheque a que se ha hecho alusión “por ventanilla” y con violación de las disposiciones legales y reglamentarias, el importe del mismo fue aplicado para la cancelación de obligaciones que en ese momento eran de dudoso recaudo para el banco con las consecuencias negativas para dicha institución ante la Superintendencia Bancaria, y con responsabilidad para el gerente del banco que autorizó la operación, señor Pablo Emilio Gamboa, por lo que no es cierto que el gerente mencionado al obrar de esa manera no obtuviera “beneficio alguno”, como lo afirma la Corte Suprema en su sentencia.

Además, insiste el actor en la acción de tutela, que el señor Eduardo Trujillo Falla, codeudor de dos de las obligaciones canceladas con esos dineros, tenía interés en que ellas se extinguieran, al igual que otra obligación de su hermana Helena, por lo que no es cierto que en esas operaciones mercantiles Eduardo Trujillo Falla careciera de interés.

A lo anterior ha de agregarse que de la suma de diez millones de pesos que el Banco Ganadero, sucursal Neiva, tomó de la cuenta administrada por él en virtud del contrato de encargo fiduciario, se cancelaron: un sobregiro a cargo del doctor Gómez Hermida en su

cuenta corriente de Bancafé, sucursal carrera 13 de Bogotá; el saldo de una obligación a cargo de Lola Constanza Ramírez Guzmán, excónyuge del actor; el saldo de un crédito a cargo de Javier Esquivel, simpatizante del movimiento político del sindicado y cuya primera cuota había sido atendida con préstamo otorgado a la Fundación Integración del Huila; el pago de la primera cuota de otro crédito concedido a dicha Fundación por el gerente de la sucursal de Bancafé y presidente de la Fundación, señor Nelson Lozada Pérez, todo lo cual se realizó sin ninguna participación del doctor Gómez Hermida y con violación de los procedimientos y regulaciones propias de la actividad bancaria.

5.3. Como se ve, la acción de tutela interpuesta por el actor contra la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2000 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, pretende que se proteja el derecho al debido proceso del accionante, por haber incurrido en “defecto fáctico” en la apreciación de las pruebas en relación con los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado, por los cuales se le condenó.

En tal virtud, habrá de analizarse si existe o no la vía de hecho que en materia probatoria se le endilga a la sentencia aludida respecto de cada uno de los delitos mencionados.

5.3.1. El contrato de fiducia o el encargo fiduciario para la administración y manejo de dineros fideicomitidos, implica de suyo que el fiduciario se desprende de la facultad para el efecto, porque, precisamente el objeto del contrato es que dicha administración y manejo se realice por el fideicomisario.

5.3.1.1. En el caso sub examine, no existe duda sobre el hecho de que el 2 de noviembre de 1990 se celebró el contrato de “ENCARGO FIDUCIARIO DE ADMINISTRACIÓN” No. 10, entre el Banco Ganadero, Sucursal Neiva y el doctor José Antonio Gómez Hermida, “quien obra en su propio nombre”, cuyo objeto pactado fue “el manejo y administración de las sumas de dinero entregadas a EL FIDUCIARIO con el fin de destinar dichas partidas a la promoción, apoyo y financiación de programas y ayudas culturales en todas sus manifestaciones, educativas, artísticas, deportivas, recreativas o de cualquier otra índole similar, a todos los niveles y modalidades, con sujeción a los reglamentos que para el efecto se señalen en cabeza de EL FIDUCIARIO”, los que forman parte integrante de dicho contrato.

En la cláusula séptima del contrato aludido se expresa que inicialmente ese encargo fiduciario se celebra por la suma de \$33.000.000.00, que serán recibidos por el Banco

Ganadero, Sucursal Neiva, “mediante giros efectuados por la Tesorería General de la Nación y/o de cualquier otra entidad oficial o privada”, para cuyo efecto “EL FIDUCIARIO previo aviso escrito de EL FIDEICOMITENTE solicitará a la Tesorería y/o a las entidades por él indicadas, elaboración de los giros a nombre de la cuenta especial que se denominará Fondo JOSE ANTONIO GOMEZ HERMIDA”.

Igualmente se encuentra demostrado que el fiduciario, para girar los dineros confiados a su administración, requería una orden del “Comité de Administración del Contrato de Encargo Fiduciario” a que se ha hecho mención, integrado por José Antonio Gómez Hermida como presidente; Eugenio Yáñez, secretario; Rigoberto Ciceri Arrigui, vocal; y Consuelo Azuero Durán, Tesorera (fl. 124, anexo No. 2).

En desarrollo del contrato de encargo fiduciario mencionado, el doctor José Antonio Gómez Hermida, el 2 de noviembre de 1990, fecha de la celebración de dicho contrato, en comunicación dirigida al Delegado Territorial de la Contraloría General de la República en Neiva, doctor Orlando Arias Rujana, autorizó al Banco Ganadero, Sucursal de esa ciudad, “para que solicite y retire los giros provenientes de la Tesorería General de la Nación y/o el Ministerio de Hacienda incluidos en el Presupuesto Nacional para la vigencia fiscal de 1990 (Decreto Ley No. 3075 de 1989) y apropiados por iniciativa del suscrito Senador de la República!” (fl. 121, anexo No. 2).

Aparece igualmente demostrado que mediante Resolución 002 de 5 de marzo de 1991, proferida por el Comité de Administración del contrato de encargo fiduciario, se ordenó “Otorgar a la Fundación Integración del Huila y/o al doctor Tarquino Beltrán Trujillo, Director Ejecutivo de la misma”, la suma de \$19.050.000.00, para la cancelación de “auxilios educativos” a las personas que allí se indicaban como beneficiarios, y que mediante Resolución 001 de 1991 (sin fecha visible en fotocopia que obra a folios 15 a 18 de las copias del cuaderno original No. 3), el referido Comité autorizó otorgar la suma de \$10.700.000, a las personas indicadas en dicha resolución, también por concepto de “auxilios educativos”.

A folio 20 del cuaderno mencionado en el párrafo anterior, obra una fotocopia de nota débito de 21 de febrero de 1991, en la que aparece un retiro de \$10.000.000.00 “para consignar en el BANCO CAFETERO, SUCURSAL CARRERA 13 CON CHEQUE DE GERENCIA No. 3816294 SEGÚN AUTORIZACIÓN SU CARTA DE LA FECHA”, y, en el folio siguiente del mismo cuaderno,

obra fotocopia del cheque mencionado, en el que se lee que ese título valor se giró para abonar en el cuenta No. 01404652-8 del Banco Cafetero, Sucursal carrera 13 de Bogotá, José Antonio Gómez Hermida.

A folio 428 del cuaderno original No. 2 (en fotocopia anexada a este expediente de la acción de tutela), aparece un comprobante del Banco Cafetero, sucursal carrera 13 de Bogotá, de 22 de febrero de 1991, conforme al cual se abonaron para aplicar a operaciones “según autorización del cliente”, o sea el titular de la cuenta bancaria 01404652-8, la suma de \$7.250.000, para abonar a obligaciones a cargo de la Fundación Integral del Huila, Lola Constanza Ramírez Guzmán y Javier Esquivel Ramírez, comprobante que al dorso aparece suscrito por José Antonio Gómez H..

Sobre esta operación, en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 19 de diciembre de 2000, se afirma que el sindicato “remitió a la Contraloría una carta de fecha 22 de septiembre de 1995, aduciendo no haber tenido conocimiento de la consignación de los \$10.000.000.00 en su cuenta, atribuyéndola a un error del Banco Cafetero, por lo cual tal entidad traslado dicho giro a la cuenta de la Fundación Integración del Huila”, según manifestación del procesado, “aseveración que respaldo con una carta del subgerente de la sucursal carrera 13 de esta ciudad”, respecto de la cual “ese banco posteriormente estableció la falta de veracidad de la aludida constancia y de la supuesta operación reversando la consignación”.

En cuanto al giro de la suma de \$19.050.000.00, para la cancelación de los “auxilios educativos” a las personas indicadas en la Resolución 002 de 5 de marzo de 1991, obra a folio 7 del cuaderno original No. 1, anexo 7, una fotocopia del cheque No. 3816446 del Banco Ganadero, sucursal Neiva, girado a la orden de “Fundación Integración del Huila y/o doctor Tarquino Beltrán T.”, con restricción para pagar únicamente al primer beneficiario, cheque éste que al respaldo aparece con constancia de haber sido “pagado por caja”, con una firma en la que se lee “Tarquino Beltrán T.”, según el “anexo No. 1”, folio 7, en fotocopias.

Esa firma no fue reconocida por la persona a quien se atribuye, razón esta por la cual fue sometida a dictamen pericial que fue rendido por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación –Neiva-Sección Criminalística-, dictamen distinguido con el No. 689S.C. de 25 de noviembre de 1997, dirigido al Fiscal Octavo Delegado ante los Juzgados

Penales del Circuito de Neiva, en el cual se concluye “que la signatura y grafismos explicativos de número de cédula que obran en el reverso del cheque de gerencia No. 3816446 del Banco Ganadero de fecha marzo 5 de 1991, no corresponden al gesto gráfico del señor Tarquino Beltrán Trujillo”, cuya copia obra a folios 73 a 75 del cuaderno original No. 1 (en fotocopia).

Posteriormente, en oficio de 9 de junio de 1998 proveniente del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Bogotá (Grupo Química Forense, Laboratorio Documentología y Grafología), dirigido a la Secretaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con destino al expediente de única instancia No. 13.702 en el cual se profirió la sentencia de 19 de diciembre de 2000, ese instituto informó a esa Corporación judicial, que por ausencia de “muestras escriturales indubitadas” en cantidad suficiente provenientes del doctor José Antonio Gómez Hermida, no era posible “llevar a cabo el estudio grafológico solicitado”, para establecer si la supuesta firma de Tarquino Beltrán Trujillo en el endoso del cheque No. 3816446 del Banco Ganadero, sucursal Neiva, fue impuesta por José Antonio Gómez Hermida, o si no fue manuscrita por éste.

El mismo día en que se profirió la Resolución 002 (5 de marzo de 1991), por el Comité de Administración del Encargo Fiduciario y en que aparece cobrado y pagado por caja el cheque No. 3816446 del Banco Ganadero, sucursal Neiva, se aplicó el importe de ese título valor para cancelar y abonar sumas de dinero a algunas obligaciones, así:

a) Obligación No.16285-4, con sus intereses, por un valor de \$12.257.386.00, a cargo de José Antonio Gómez Hermida, según comprobante de “abonos prórrogas y cancelaciones” del Banco Ganadero, sucursal Neiva, que obra a folio 8 del cuaderno original No. 1, en fotocopia;

b) obligación No.16245-5, por un valor de \$1.008.811.00, a cargo de José Antonio Gómez Hermida, según comprobante de “abonos prórrogas y cancelaciones” del Banco Ganadero, sucursal Neiva, que obra a folio 9 del cuaderno original No. 1, en fotocopia;

c) obligación No. 16999-9, por un valor de \$4.643.744, a cargo de Jaime Lozada Perdomo, según comprobante de “abonos prórrogas y cancelaciones” del Banco Ganadero, sucursal Neiva, que obra a folio 10 del cuaderno original No. 1, en fotocopia;

d) obligación No. 15872-5, a la cual se abonaron \$954.000.00 por intereses y \$24.000.00 de seguro de vida, a cargo de José Antonio Gómez Hermida, según comprobante de “abonos prórrogas y cancelaciones” del Banco Ganadero, sucursal Neiva, que obra a folio 11 del cuaderno original No. 1, en fotocopia;

e) obligación No. 93583-7, a cargo de Helena Trujillo Falla y a la cual se abonaron por concepto de intereses y gastos, \$198.040.00, según comprobante de “abonos prórrogas y cancelaciones” del Banco Ganadero, sucursal Neiva, que obra a folio 12 del cuaderno original No. 1, en fotocopia;

5.3.1.2. En el curso del proceso penal el defensor de José Antonio Gómez Hermida, con el propósito de obtener su libertad provisional, hizo entrega de los títulos de depósito judicial Nos. 0010009252 de 13 de abril de 1998 por la suma de \$5.000.000.00 y 0001330092 de 4 de junio de 1998, por la suma de \$29.050.000.00.

5.3.1.3. El 11 de mayo de 1999 el representante legal del “BBV” y el procesado José Antonio Gómez Hermida celebraron un convenio mediante el cual la referida institución bancaria manifiesta que para precaver futuras reclamaciones por una eventual responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones contractuales en el encargo fiduciario No. 10 de 1990, decidió poner a disposición de la Tesorería General de la República, con sus intereses, las sumas de \$10.000.000.00 y \$19.050.000.00 que se giraron el 21 de febrero y el 5 de marzo de 1991, para la cancelación de “auxilios educativos” según Resoluciones Nos. 001 y 002 de 1991, expedidas por el Comité de Administración del Contrato de Encargo Fiduciario, lo que hizo que la consignación, cumplida finalmente el 30 de septiembre de 1999, lo fuera por la suma de \$150.000.000.00.

5.3.3. Ahora bien, por lo que hace al delito de falsedad en documento privado, se observa por esta Corporación que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, invoca para darla por establecida la libertad de apreciación probatoria por el juzgador. Para este efecto, analiza algunos hechos indicadores antecedentes, concomitantes y posteriores al giro y cobro del cheque de gerencia No. 3816446 del Banco Ganadero, sucursal Neiva, el 5 de marzo de 1991 por la suma de \$19.050.000.00. Así, se observa que ese cheque tuvo como antecedente necesario el haber sido expedida la Resolución No. 002 de la misma fecha por el Comité de Administración del Contrato de Encargo Fiduciario, presidido por José Antonio

Gómez Hermida; a ello se agrega que ese título valor fue pagado en efectivo, en operación bancaria en la cual se escribió por la funcionaria del banco, señora María Esmilda Cárdenas de Calderón, que dicha operación se realizó en presencia y con la participación de “José Antonio Hermida”, circunstancia que la testigo explica diciendo que “en este caso puedo decir que el doctor José Antonio Gómez Hermida fue quien se presentó a hacer esos abonos y cancelación de obligaciones”, declaración complementada con su afirmación en el sentido de que “no se por que motivo se omitió Gómez y quedó Hermida sólo, de pronto por el afán o por el trabajo”; además, a estas circunstancias se agrega por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, que con la suma proveniente de ese cheque se cancelaron varias obligaciones del sindicado José Antonio Gómez Hermida; y, de tales hechos indicadores se infiere por el juzgador, que el procesado tenía interés en el cobro del cheque para la utilización que se hizo de esos dineros.

Si bien es cierto que según el dictamen pericial se pudo establecer que la firma para el cobro de ese cheque atribuida a Tarquino Beltrán Trujillo no fue impuesta por éste y que no pudo determinarse por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses que el autor de la grafía fuera José Antonio Gómez Hermida, la inferencia que se realiza por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, a partir de hechos debidamente probados en el proceso con prueba documental como los comprobantes bancarios para los abonos a las obligaciones Nos. 162854, 16999-9, 16245-5, 15872-5 y 93583-7, la coincidencia entre la fecha de la Resolución 002 de 5 de marzo de 1991, proveniente del Comité de Administración del Contrato de Encargo Fiduciario y la del cheque No. 3816446, la ausencia física de Tarquino Beltrán Trujillo de las oficinas del banco al momento de realizarse esa operación el 5 de marzo de 1991, y la presencia física de José Antonio Gómez Hermida, a la cual se refiere la declaración testimonial de la señora María Esmilda Cárdenas de Calderón, no permiten afirmar que esa conclusión probatoria repugne con la lógica, o que constituya una manifiesta arbitrariedad, pues a ella se llegó a partir de unos hechos indicadores que se encuentran probados. Se trata, como puede observarse de indicios contingentes, concurrentes y convergentes con apoyo en los cuales se arriba por el sentenciador a una conclusión sobre el hecho indicado, que no se ofrece al intelecto como inverosímil, sino que razonablemente puede tener explicación, como ocurre siempre en la prueba indiciaria pues, es lo cierto que ella obedece a una operación mental del intelecto del juzgador, al punto que en la clasificación de las pruebas se conoce como prueba crítica por oposición a las pruebas históricas, ya que la estructura lógico-jurídica del indicio supone de suyo hecho indicador,

hecho indicado y operación mental que conduce del primero hacia el segundo. Por ello, mientras no se demuestre la inexistencia de los hechos indicadores y la conclusión no surja claramente como contraria a la lógica, no puede aceptarse que exista un error de hecho y, mucho menos, calificarse la apreciación probatoria en ese caso como un despropósito de tal magnitud que constituya una vía de hecho judicial, así se discrepe de la labor adelantada por el juez en dicha apreciación por no compartirla, pues ello pertenece a lo que en el derecho probatorio la doctrina reconoce como campo reservado a la “discreta autonomía del juzgador”.

6. Es claro que la jurisdicción penal ordinaria, por conducto de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, tuvo a su cargo el juzgamiento de la conducta del ciudadano José Antonio Gómez Hermida por los delitos que se le imputaron. De esta suerte, a la Corte Constitucional, dentro de la esfera de su competencia, le corresponde al revisar la acción de tutela a que esta providencia se refiere, estudiar las razones invocadas por el actor para promoverla y, analizadas estas, se concluye por la Corte Constitucional que la presunta falta de competencia por haber ocurrido la prescripción de la acción penal, la hace improcedente; la falta de competencia por inexistencia del fuero de congresista del procesado, es inexistente y, por último, la vulneración del debido proceso por graves defectos de apreciación probatoria, falta de investigación integral y quebranto del derecho a la presunción de inocencia, no constituyen una vía de hecho judicial.

IV. Decisión

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

RESUELVE:

Primero: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por el ciudadano José Antonio Gómez Hermida, por falta de competencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en cuanto hace referencia a la prescripción de la acción penal de los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado, alegadas por el actor.

Segundo. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el 19 de julio de 2001, en cuanto denegó la acción de tutela

interpuesta por el ciudadano mencionado, por presunta violación del debido proceso, por falta de competencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en cuanto hace relación a la alegada inexistencia de fuero como congresista; y, por la inexistencia de vulneración del debido proceso por graves defectos de apreciación probatoria, falta de investigación integral y quebranto del derecho a la presunción de inocencia invocados por el actor.

Líbrese por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General