El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente.

El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 2ª instancia – 31 de agosto de 2017

Proceso: Penal – Aclaración y salvamento parcial de voto

Radicación Nro. : 66440600006820100025301

Procesado: JUAN JOSÉ BOHÓRQUEZ y otro

Magistrado Sustanciador: MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**ACLARACIÓN Y SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO:**

A pesar de que al suscrito comparte en su parte esencial el proyecto aprobado por la Sala mayoritaria, discrepa del mismo en todo aquello que tiene que ver con los recursos que procederían en contra del presente fallo de 2ª instancia, ya que el suscrito es de la opinión que en contra de lo resuelto en el caso *subexamine* en sede de 2ª instancia, procedía el recurso de apelación, lo que vendría siendo una consecuencia de acatar lo decidido por la Corte Constitucional en tanto en la sentencia # C-792 de 2014, como en la SU-215 de 2016, en la cual se declaró la inconstitucionalidad con efectos diferidosde las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 del C.P.P. y como quiera que en la actualidad se encuentra vencido el plazo de 1 año que se le concedió al Congreso de la Republica para que legislará sobre esos tópicos, reiteramos que en contra del presente proveído de 2ª instancia, el que acorde con los términos expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias aludidas debe ser considerada como una 1ª sentencia condenatoria, procedería el recurso de apelación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

Ahora bien, no se desconoce la posición asumida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la providencia del 27 de julio 2016, Radicado # 48442, la cual, a fin de hacerle el esquince al derecho que le asiste a los Procesados para impugnar de manera excepcional el primer fallo de condena, expuso lo siguiente:

 “La Sala ha de precisar que no existe posibilidad de dar trámite al recurso de “apelación” irregularmente instituido por el Tribunal para permitir de los afectados con la sentencia, controvertirla, simplemente porque no es este un mecanismo que tenga soporte legal, ni mucho menos, cuente con habilitación de competencia o un trámite específico en la ley, cuando se trata de impugnar el fallo de segunda instancia, evidente como se hace que la norma procesal vigente para el caso, Ley 906 de 2004, solo habilita el recurso extraordinario de casación, de conformidad con el procedimiento allí establecido.

Y si bien, como se anota en la justificación surtida por el Ad quem para soportar la concesión del hoy inexistente recurso de apelación contra la sentencia de segundo grado, la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2014, advirtió necesario exhortar al legislador para la expedición de una ley que permita impugnar los fallos condenatorios cuando ellos se dictan por primera vez, es lo cierto que la omisión en que incurrió el Congreso de la República en el lapso de un año otorgado para el efecto, impide materializar esa posibilidad, así en la parte sustancial de la referida sentencia de exequibilidad, la Corte Constitucional signifique que procede la dicha impugnación incluso para el caso en que se desatendiera, como sucedió, su exhorto al legislativo.

(::::)

Nada más debe añadir la Sala a lo consignado en la transcripción precedente, pues, se reitera, con el irregular trámite ofrecido a la defensa por el Tribunal, no solo asumió una competencia jamás deferida por la ley, sino que creó un recurso inexistente a partir de un trámite que, huelga anotar, tampoco comporta soporte legal.

De esta manera, como se evidencia claro que en contra de la sentencia de segunda instancia, no importa su contenido, solo opera el recurso extraordinario de casación, el cual ha sido soslayado para introducir un mecanismo ordinario hoy carente de sustento legal, la Corte no solo debe restablecer la integridad del procedimiento, anulando la tramitación espuria, sino que ha de permitir de la parte afectada con el fallo, acudir al único medio establecido legalmente para controvertirlo, de conformidad con lo que regula el artículo 32 de la Ley 906 de 2004, en consonancia con los artículos 181 y 184 ibídem.

Con base en lo anterior, dejo expresada las razones y motivos por las cuales me vi en la imperiosa necesidad de aclarar mi voto en el presente asunto…..”[[1]](#footnote-1).

Pero lo dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es algo de dudoso obedecimiento o acatamiento, lo que de tajo está desconociendo la obligatoriedad de lo fallado por la Corte Constitucional en las sentencias # C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, en las cuales como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos diferidosde las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 del C.P.P. se reconoció el derecho que tienen los Procesados absueltos de apelar el fallo que revoca la absolución.

Dichos precedentes tienen plena vigencia y por ende se tornaron como obligatorios en atención a que en la actualidad se encuentra más que vencido el plazo de un año que se le concedió al Congreso de la Republica para que legislará sobre esos tópicos, por lo que se reitera, según los términos expresados en dichos precedentes los mismos han adquirido plena vigencia y por ende son obligatorios sin necesidad que se haya legislado o reglamentado su aplicación, lo cual sería lo ideal pero que por desgracia ello no se dio, como bien de manera categórica lo expresó la Corte Constitucional en los siguientes términos:

De acuerdo con este planteamiento, la Corte concluye que el legislador tiene el deber constitucional de diseñar e implementar un recurso que materialice el derecho a controvertir los primeros fallos condenatorios que se dictan en un juicio penal, el cual debe otorgar amplias potestades al juez de revisión para analizar y evaluar las cuestiones fácticas, probatorias y normativas que inciden en el contenido de la decisión judicial objeto del recurso.

(:::)

Por esta circunstancia, el mecanismo idóneo para subsanar el déficit normativo no es un fallo de exequibilidad condicionada, porque se requiere de la intervención directa del órgano legislativo para este efecto. En este orden de ideas, la Corte adoptará las siguientes decisiones: (i) Declarará la inconstitucionalidad de los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias; (ii) declarará la exequibilidad de los preceptos anteriores, en su contenido positivo, por los cargos analizados; (iii) la declaratoria de inconstitucionalidad será diferida a un año, contado a partir de la notificación por edicto de la sentencia; (iv) se exhortará al Congreso de la República para que en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco de un proceso penal, imponen una condena por primera vez, tanto en el marco de juicios penales de única instancia, como en juicios de dos instancias; **(v) se dispondrá que en caso de que el legislador incumpla el deber anterior, se entenderá que procede la impugnación de los referidos fallos ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena……**”[[2]](#footnote-2).

A lo anterior se hace necesario adicionar que por tratarse uno de los precedentes enunciados de una sentencia de constitucionalidad, los mismos son de obligatorio cumplimientos y acatamiento con bien nos lo indica el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la siguiente manera:

“Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general……”[[3]](#footnote-3).

Con base en lo anteriores argumentos, dejo sentadas las razones y motivos por las cuales de manera parcial me vi forzado a salvar mi voto en el presente asunto.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

*Fecha Et Supra*

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 27 julio de 2016. AP4810-2016. Radicado # 48442. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional: Sentencia # C-792 del 29 de octubre de 2014. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. {Negrillas fuera del texto}. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 48 de la Ley 270 de 1.996. [↑](#footnote-ref-3)