

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL**

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS
Conjuez Ponente

ATC N° 6727 - 2015

Rad. 11001-02-30-000-2015-00099-01

Bogotá D.C, dieciocho (18) de noviembre de dos mil quince (2015)

(discutido y aprobado en sesión de la fecha)

Procede la Sala de Casación Civil, integrada por Conjueces, a decidir lo conducente en relación con las manifestaciones individuales de impedimento efectuadas sucesivamente, en su orden, por los Hs. Magistrados Luis Armando Tolosa Villabona, Margarita Cabello Blanco, Álvaro Fernando García Restrepo, Fernando Giraldo Gutiérrez y Ariel Salazar Ramírez dentro del trámite de la impugnación interpuesta, en el radicado de la referencia, por el accionante SERGIO LEON RIVERA SUAREZ contra el fallo de tutela proferido con fecha veintitrés (23) de julio de 2015 en cuya virtud la Sala de Casación Penal –Sala de Decisión de Tutelas- de la H. Corte Suprema de Justicia negó la acción de tutela promovida por dicho accionante, señalando este último como autoridades públicas accionadas, en cuanto tales sujetos pasivos de la pretensión de amparo constitucional incoada, al Juzgado 5º de Ejecución de Penas de Medellín y al Tribunal Superior –Sala Penal- de esa misma ciudad, y mediando asimismo la vinculación procesal ordenada de oficio por aquella Sala de Casación mediante auto del pasado 8 de julio, de la Fiscalía Seccional 123 de Medellín, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia y el Juzgado Promiscuo del circuito de Santa Fe de Antioquia.

Con el fin de facilitar la debida comprensión de la incidencia procesal por resolver y dada la relevancia que en atención a tal finalidad revisten, es del caso destacar los siguientes,

A N T E C E D E N T E S:

1) La Personería del municipio de Buriticá (Antioquia) formuló queja disciplinaria en la que denunció irregularidades en la celebración de un contrato concertada con fecha 28 de junio de 2006 entre el alcalde en funciones por ese entonces de la nombrada municipalidad, ahora porfiado accionante en tutela, SERGIO LEON RIVERA SUAREZ, y el particular Juan Pablo Ramírez Londoño, gerente de la firma Serviagro, para el suministro de un cable con alma de acero de 1200 mts, por valor de \$50`998.000, proceso de contratación en el que, además del alcalde y el contratista oferente nombrados, intervinieron los funcionarios Juan Gabriel Ríos Guiral y Nelson de Jesús Higueta Vélez, junto con los particulares Hernán Darío Echeverri Ochoa y Luis Hernán Toro Cadavid.

Y fue así como, con apoyo en copias compulsadas por la Procuraduría Provincial de Antioquia a raíz de esa actuación disciplinaria, la Fiscalía 123 seccional de Medellín con fecha 6 de marzo de 2008, formuló acusación criminal contra el accionante SERGIO LEON RIVERA SUAREZ como autor de las conductas punibles de celebración de contrato sin observancia de los requisitos legales, falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación; contra Nelson de Jesús Higueta Vélez y Juan Carlos Ríos Guiral, como autores de falsedad ideológica en documento público; contra Juan Pablo Ramírez Londoño como autor de los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y abuso de confianza calificado e interviniente en el peculado por apropiación; y contra Luis Hernán Toro Cadavid y Hernán Darío Echeverri Ochoa como cómplices del comportamiento punible de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, determinación acusatoria que alcanzó ejecutoria el 15 de abril de 2008.

2) Surtidas las audiencias preparatoria y de juzgamiento que corresponden con arreglo a la ley, en sentencia fechada el 11 de agosto de 2011 el Juzgado Promiscuo del circuito de Santa Fe de Antioquia: (i) Absolvió a Luis Hernán Toro Cadavid del delito del que se le acusó, e hizo lo propio con Juan Pablo Ramírez Londoño respecto del peculado por apropiación, en calidad de interviniente; (ii) condenó al accionante SERGIO LEON RIVERA SUAREZ a las penas principales de 72 meses de prisión, multa equivalente a 7 SMMLV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 90 meses, como autor de los delitos que dieron lugar a la acusación formulada en su contra; (iii) condenó a Juan Pablo Ramírez Londoño a las penas principales de 45 meses de prisión, multa equivalente al valor de 46.87 SMMLV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 56 meses, como interviniente en el delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales y autor del punible de abuso de confianza calificado; (iv) condenó a Hernán Darío Echeverri Ochoa a las penas principales de 42 meses de prisión, multa equivalente al valor de 43.75 SMMLV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 52 meses, como interviniente en el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales; y por último, (v) condenó a Nelson de Jesús Higueta Vélez y Juan Gabriel Ríos Guiral, a las penas principales de 48 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el

término de 60 meses, como autores del delito de falsedad ideológica en documento público.

Apelada dicha decisión por los defensores de los condenados, en sustancia recibió ella confirmación por parte del Tribunal Superior de Antioquia, por conducto de su Sala Penal, en sentencia proferida con fecha 15 de marzo de 2013, providencia ésta que se limitó a modificar parcialmente el fallo recurrido, en el sentido de condenar a Hernán Darío Echeverri Ochoa a la pena principal de 28 meses de prisión, como cómplice en el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Y contra el pronunciamiento jurisdiccional de segunda instancia en tales términos efectuado, junto con los también condenados Juan Pablo Ramírez Londoño y Hernán Darío Echeverri Ochoa, el hoy accionante SERGIO LEON RIVERA SUAREZ interpuso el recurso de casación que, debido a la defectuosa fundamentación expuesta en la respectiva demanda como lo pone de manifiesto el exhaustivo análisis sobre el particular del cual da cuenta el auto de 14 de agosto de 2013 (Cfr. Fls. 107 a 124 del C. 2 del expediente) proferido por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, no recibió trámite.

En consecuencia, una vez ejecutoriada la sentencia en mención y por efecto de la condena en ella impuesta, el 30 de mayo de 2014 el accionante SERGIO LEON RIVERA SUAREZ fue aprehendido y privado de la libertad.

3) Simultáneamente con el referido proceso penal y por causa de los mismos hechos, la Contraloría General de Antioquia, por conducto de la Contraloría Auxiliar competente, adelantó proceso de responsabilidad fiscal (Rad. 114 2007 Municipio de Buriticá) vinculando al accionante SERGIO LEON RIVERA SUAREZ, proceso al cual le puso fin el fallo con imputación de responsabilidad fiscal N. 059 de 19 de agosto de 2009, en cuantía de \$16´024.862, posteriormente confirmado por el auto N. 321 de fecha 24 de noviembre de 2009, emanado este último del despacho del Contralor general del departamento (Cfr. Fls. 33 a 76 del C. 2 del expediente).

Habiéndose hecho exigible tal obligación a partir del 24 de noviembre de 2009, mediante la resolución 242 de 24 de mayo de 2010 (Cfr. Fls. 84 y 85 ib.) proferida por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal en uso de sus atribuciones legales, se la declaró extinguida por pago total y se ordenó la terminación de la actuación de cobranza coactiva en curso hasta ese momento contra el ex – alcalde RIVERA SUAREZ.

4) Así las cosas, este último, con fecha 4 de diciembre de 2014 y por lo tanto transcurrido más de un año desde que cobró firmeza la sentencia penal condenatoria en su contra dictada, entabló acción de tutela requiriendo amparo para sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, igualdad, libertad, legalidad, buen nombre, honra, trabajo y protección a la familia, centrandose concretamente su inconformidad contra las sentencias de primera y segunda instancia dadas ellas, según quedó visto, en el proceso penal por el juzgado promiscuo del circuito de Santa Fe de Antioquia y por la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo distrito departamental, calendadas respectivamente el 11 de agosto de 2011 y el 15 de marzo de 2013, al igual que contra la decisión de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia del 14 de agosto de 2013,

en cuya virtud y con fundamento en el Art. 213 del C. de P.P –L.600 de 2000- , se desechó por ser inadmisibile legalmente la demanda de casación presentada por el defensor del hoy otra vez accionante en tutela DIEGO LEON RIVERA SUAREZ.

Por considerar que no se ajustó en su presentación al que se conoce como “... principio de inmediatez...”, condicionante junto con otros de no menor trascendencia, de la excepcional procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, mediante fallo de fecha 18 de diciembre de 2014 (Cfr. Fls. 140 a 144 vto. del C. 2 del expediente) la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia “...negó por improcedente la protección constitucional deprecada...”, decisión que confirmó la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación en providencia del 25 de marzo siguiente cuya copia obra a Fls. 145 a 150 ib, y además la Corte Constitucional, mediante auto de 11 de junio de 2015 notificado el 1º de julio próximo pasado, determinó excluirla de revisión.

5) De otra parte, con fecha 15 de agosto de 2014 el accionante SERGIO LEON RIVERA SUAREZ solicitó ante el Juzgado 5º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín “...la redosificación...” de la pena a él impuesta, con la específica finalidad de que se le reconozca una rebaja de la tercera parte “...dado que había reintegrado el valor de lo apropiado antes de dictarse sentencia de segunda instancia...”, toda vez que se produjo la cancelación del monto por el cual la Contraloría General de Antioquía lo declaró fiscalmente responsable, solicitud que el órgano judicial mencionado, en auto de 20 de agosto de 2014 (Cfr. Fls. 21 y 22 del C. 2 del expediente), negó porque, de accederse a la “...disminuente punitiva...” reclamada, por fuerza habría que modificar la sentencia penal condenatoria legalmente ejecutoriada, lo que supondría quebrantar la autoridad de cosa juzgada predicable de dicha sentencia, afectando la seguridad jurídica en la medida que a modificaciones de tal índole, sostiene el juzgador, solamente hay lugar cuando se trata de hacer efectivo el principio rector de favorabilidad ante la posterior expedición y entrada en vigencia de nuevas leyes de efectos sustanciales, aplicables de preferencia en cuanto establezcan situaciones beneficiosas para los sentenciados.

De esta decisión tuvo conocimiento, en sede de apelación, el Tribunal Superior de Medellín por conducto de su Sala Penal, el cual le impartió confirmación en providencia interlocutoria de fecha 20 de noviembre de 2014 (Cfr. Fls. 23 a 30 del C. 2 del expediente), haciendo énfasis en que al apelante no le asiste razón puesto que, primeramente, “...cuando una sentencia se halla ejecutoriada, está revestida del principio de cosa juzgada y no le es posible al operador jurídico que la emanó, y mucho menos a otro a quien sólo le compete vigilar la pena impuesta por aquél, modificarla; pues de hacerlo, violentaría la seguridad jurídica que debe acompañar las decisiones judiciales, máxime cuando el mismo defensor está reconociendo que los hechos a los cuales quiere darles trascendencia jurídica en esta etapa procesal, fueron conocidos en vigencia del mismo proceso, es decir, cuando aún estaba activo...”, y en segundo lugar, que si la constancia de haber tenido lugar el reintegro del importe del daño fiscal imputado al ex – alcalde RIVERA SUAREZ no se aportó en su debido momento, por mucho antes de proferirse la sentencia penal en segunda instancia por el Tribunal Superior de Antioquia, “...es una situación atribuible únicamente a la parte interesada, quien debió estar al tanto de los beneficios que se pudieran haber derivado de tal reintegro, de este haber ocurrido,

y no puede ahora alegar su propia culpa para lograr una modificación del fallo, so pretexto de la falencia en el ejercicio del anterior abogado, pues la defensa es una sola y en este caso el argumento luce bastante forzado, si se tiene en cuenta que el mismo acusado tiene como profesión la de abogado...`.

6) Acudiendo de nuevo al ejercicio de la acción de tutela en demanda de protección para los mismos derechos fundamentales cuyo desconocimiento, tratándose de la queja constitucional entablada contra las sentencias penales de condena que lo afectan, adujo con anterioridad, mediante espacioso escrito presentado ante la Corte Suprema de Justicia con fecha 20 de mayo de 2015 (Cfr. Fls. 1 a 15 del C. 1 del expediente) el accionante de marras solicitó, con fundamento en el Art.86 de la Carta Política y sus decretos reglamentarios 2591 y 306 de 1992, que se otorgue amparo a los aludidos derechos de defensa, debido proceso, legalidad, libertad, honra y buen nombre, trabajo y protección a la familia integrada por personas vulnerables, ordenando a las autoridades judiciales accionadas, (i) Que se le de aplicación al derecho positivo en su integridad y se tasen nuevamente las penas principales y accesorias impuestas, tanto por el Juzgado Promiscuo del circuito de Santa Fe de Antioquia como por el Tribunal Superior del mismo distrito judicial, teniendo en cuenta la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el Art. 401 del C. Penal; y (ii) Que como esa situación del pago que la codificación penal plantea, se realizó por etapas, entre el 30 de abril y el 21 de mayo de 2010, y la sentencia del tribunal en mención data del 13 de marzo de 2013, se rebaje la pena impuesta al accionante en una tercera parte.

En consecuencia y por cierto es eso lo que se desprende clara y explícitamente del tenor literal del escrito en mención, los actos jurisdiccionales reclamados en este nuevo proceso constitucional de amparo iniciado por el ciudadano SERGIO LEON RIVERA SUAREZ, son los proveídos interlocutorios de 20 de agosto y 20 de noviembre, ambos de 2014, proferidos en su orden por el Juzgado 5º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y la Sala Penal del Tribunal Superior de esa misma ciudad, y asimismo, son estas autoridades judiciales las llamadas directamente a ajustarse, de alcanzar prosperidad la acción de tutela entablada por supuesto, a la conducta pretendida por el accionante, es decir a restituirle las garantías y los derechos infringidos a raíz de no haber hecho efectiva la circunstancia de atenuación punitiva en cuestión.

7) No obstante lo anterior y asumiendo que la censura constitucional resulta extensiva a varias de las Salas de casación que componen la H. Corte Suprema de Justicia, por auto unitario de fecha 25 de mayo de 2015 (Cfr. Fls. 108 a 111 del C. 1 del expediente) que suscribe el H. Magistrado Dr. Bustos Martínez, se ordenó remitir la actuación para efectuar el reparto conforme lo dispone en su inciso 2º, el Art. 44 del reglamento general de la Corte adicionado por el Acuerdo 001 de 2002, y una vez realizada dicha diligencia el 1º de junio siguiente (Cfr. Fl. 106 del C. 2 del expediente), se le asignó el conocimiento a la Sala de Casación Penal, órgano que por intermedio de la Sala de Decisión que preside el H. Magistrado Dr. Patiño Cabrera pronunció el fallo de fecha 23 de julio de 2015 en mérito del cual negó la tutela y dispuso la remisión del expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, poniendo de manifiesto a modo de síntesis que, además de mostrarse temeraria la interposición de esta segunda solicitud de amparo por el mismo accionante SERGIO LEON RIVERA SUAREZ, (i) son coherentes y están conformes

a la normatividad, al igual que a los precedentes jurisprudenciales que rigen el tema, los argumentos que a las dos autoridades judiciales accionadas las condujeron a determinar la improcedencia de la petición de rebaja de pena fundada en el hecho de haber reintegrado el importe del daño fiscal fijado por la Contraloría General de Antioquia; y (ii) la acción de tutela no es una herramienta jurídica complementaria de la que, a su mejor conveniencia y cuando les parezca, puedan echar mano quienes, como en el caso presente sucede, pretendan revivir un debate que fue debidamente superado en el escenario procesal propicio para ello, y con exclusividad ante los jueces comunes competentes, "...no así ante el juez constitucional, porque su labor no es oficiar como instancia adicional de la justicia ordinaria...".

Impugnada la anterior providencia en tiempo por el accionante en escrito recibido el 4 de agosto de 2015 (Cfr. Fls. 278 a 281 del C. 2 del expediente), por auto unitario del 5 de agosto siguiente se dispuso por el magistrado ponente hacer lugar al trámite previsto en el Art. 32 del Dcr. 2591 de 1991, y es así cómo, una vez recibida para el efecto la actuación en la Sala de Casación Civil el conocimiento del asunto le fue asignado al H. Magistrado Dr. Tolosa Villabona quien, invocando el Num. 6º del Art. 56 del C. de P.P (L. 906 de 2004) en concordancia con el Art. 39 del Dcr. 2591 de 1991, manifestó impedimento, e igualmente obraron en igual sentido, mediante declaraciones individuales y sucesivas de abstención, los Hs. Magistrados titulares Drs. Margarita Cabello Blanco, Álvaro Fernando García Restrepo, Fernando Giraldo Gutiérrez y Ariel Salazar Ramírez.

En orden a lo dispuesto en el Art. 39 del Dcr. 2591 de 1991 corresponde, entonces, resolver acerca de los impedimentos puestos de manifiesto, propósito en vista del cual son conducentes las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S:

1) Aquilatada la actuación procesal cuyos aspectos de mayor relieve han quedado resumidos en el recuento cronológico que antecede, sin mayor dificultad puede apreciarse que las cinco manifestaciones de impedimento realizadas, invocando todas el Num. 6º del Art. 56 del C. de P.P y una de ellas también el Num. 1º ib, se apoyan al final de cuentas en la errónea creencia, incitada al parecer por el auto unitario de la Sala de Casación Penal fechado el 25 de mayo de 2015, de que el cuerpo colegiado, órgano judicial éste último del que son integrantes los señores magistrados que han puesto de manifiesto el deber legal de abstención que, a su modo de ver, pesa sobre ellos de conformidad con el Art. 39 del Dcr. 2591 de 1991, ha de tenerse como autoridad responsable a quien el quejoso le atribuye los actos jurisdiccionales, presuntamente violatorios de los derechos fundamentales para los cuales reclama amparo, que por esa razón habrían de ser materia de revisión a la luz de la Constitución en cuyo resultado adverso a las pretensiones del accionante en cualquier sentido habrían podido, por lo tanto, adquirir interés los nombrados funcionarios.

Como quedó dicho con anterioridad, es lo cierto que de estar a la información constatable en el expediente, la acción de tutela incoada únicamente la dirigió su

autor contra decisiones tomadas por el Juzgado 5º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y por la Sala Penal del Tribunal Superior de ese mismo distrito judicial; su contenido petitorio específico, por más veras claro e inequívoco en cuanto a este aspecto particular atañe, no permite conjeturar siquiera la intención del accionante de poner en tela de juicio la legitimidad constitucional de los fallos de tutela de fechas 18 de diciembre de 2014 y 25 de marzo de 2015, proferidos respectivamente por las Salas de Casación Civil y Laboral de la Corte, así como tampoco de la providencia de la autoría de la Sala de Casación Penal, dada el 14 de agosto de 2013 y por virtud de la cual se inadmitió la demanda de casación presentada por el susodicho accionante SERGIO LEON RIVERA SUAREZ; y en fin, acerca de la negativa a aplicar la circunstancia de atenuación punitiva consagrada en el Art. 401 del C. Penal (texto del Art. 25 de la L. 1474 de 2011) y cuyo reconocimiento pretendió obtener sin éxito el mismo accionante ante el Juzgado 5º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, la Sala de Casación Civil no ha efectuado con antelación pronunciamiento alguno positivo o negativo, respecto de dicha negativa y su fundamentación jurídica, con base en el cual pueda inferirse que los magistrados que hoy la integran, por haber emitido el fallo de 18 de diciembre de 2014 se encuentran en situación de prevención determinante en ellos, al menos presuntamente, de un interés personal de carácter funcional que pueda poner en entredicho su imparcialidad.

2) En este orden de ideas, entendido que conforme lo puntualiza la doctrina (Cfr. Adolfo Alvarado Velloso. Lecciones de Derecho Procesal Civil, Lec. 7, 3.2.2) la declaración de impedimento no es cosa distinta al medio que la ley acuerda a los jueces para afirmar y acreditar, ante las partes en el proceso, la ausencia de su competencia subjetiva, lo que se traduce en el deber que tienen de apartarse del conocimiento de todo asunto respecto del cual, o de los sujetos intervinientes, no pueden actuar con plena observancia de la garantía de imparcialidad que requiere toda actividad jurisdiccional válida; y asumiendo que tal apartamiento, al igual que ocurre con la recusación cuando a ella hubiere lugar, ha de ser causada, es decir fundada en motivos expresamente definidos con tal propósito en la ley, motivos de variada estirpe que si bien deben por principio interpretarse y aplicarse con justa amplitud, no por ello admiten sin límite ampliaciones por razón de analogía o simple similitud, viene al caso considerar infundados los impedimentos declarados, en el entendido que, valga destacarlo, la falta de competencia subjetiva para intervenir en un proceso en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es inherente a cada situación litigiosa concreta, fundamentada en la comprobada presencia de circunstancias específicas relativas a las partes o al objeto de la controversia, de modo que por norma no existe impedimento subjetivo que de origen a inhibición o recusación para intervenir en general, abriéndose paso por ese cauce excusas discrecionales las más de las veces, desde luego, motivadas por encomiables sentimientos de decoro y delicadeza profesional.

En efecto, es de verse que las razones aducidas en orden a justificar las manifestaciones de impedimento en cuestión con arreglo a los Nums. 1º y 6º del Art. 56 del C. de P.P, derivan de un estado de cosas que en realidad y según muestran los autos, no se configura por cuanto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al igual que su homóloga en el ámbito laboral, no es accionada en el trámite de tutela sub exámine, así como tampoco ha proferido decisión que

por su contenido pueda considerarse que, en función del control de constitucionalidad por vía de amparo que reclama el accionante, es materia de obligada revisión en dicho trámite.

En consecuencia, con apoyo en las anteriores consideraciones la Sala integrada por Conjueces,

R E S U E L V E:

Primero. Declarar infundados los impedimentos que a bien tuvieron manifestar los Hs. Magistrados titulares, Dres. Luis Armando Tolosa Villabona, Margarita Cabello Blanco, Álvaro Fernando García Restrepo, Fernando Giraldo Gutiérrez y Ariel Salazar Ramírez.

Segundo. Disponer que una vez en firme esta providencia, para lo de su competencia con arreglo a la ley se remita la actuación al despacho del H. Magistrado Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

Tercero. Dar aviso de la presente providencia por el medio más expedito a los interesados.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS

Conjuez Ponente

JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ

Conjuez

RAFAEL AURELIO CALDERON MARULANDA

Conjuez

**CON AUSENCIA JUSTIFICADA
JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ**

Conjuez

ALEJANDRO VENEGAS FRANCO

Conjuez