

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE SAN GIL
SALA DE DECISIÓN PENAL
E.S.D.

Ref. Proceso 2020 - 00017 - 01
CUI 688616002432015-00134

FRANCISCO BERNATE OCHOA, conocido de autos, obrando en mi condición de **DEFENSOR** dentro de las diligencias de la referencia, con todo respeto a Ustedes me dirijo a fin de manifestarme, dentro del término legal respecto del recurso de reposición que se interpusiera contra el auto del 16 de septiembre del presente año, proferido por el H. Tribunal, en el que declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida el 15 de Julio en contra de mis prohijados, en los siguientes términos.

1. De la situación fáctica y el recurso elevado.

Como ciertamente se indica, el día 15 de Julio de 2020, el H. Tribunal confirma la condena en contra de mis prohijados, como autores del delito de estafa agravada. Contra esta decisión, por escrito, dentro de los 5 días siguientes, el apoderado de la defensa interpone el recurso de casación, y, posteriormente, el 16 de Septiembre el mismo es declarado desierto por el H. Tribunal.

Dentro del término legal, el entonces defensor de mis prohijados presenta recurso de reposición en el que solicita dos cosas, a saber, (i) una petición principal, en la que solicita la revocatoria del auto que decreta desierto el recurso por violación de los principios de publicidad, de las formas del proceso, y de la

confianza legítima, y (ii) una petición subsidiaria en la que solicita no se tengan en cuenta los días transcurridos entre el 10 y el 31 de Agosto de 2020, en los que, conforme se certifica por el Tribunal al Defensor, la Corporación estaba cerrada, y, por ende, no se le permitió al defensor el ingreso a las instalaciones de la judicatura para preparar el recurso extraordinario de casación.

2. De nuestra postura

Consideramos, frente al recurso interpuesto, que una es la situación en condiciones de normalidad, y otra en estas circunstancias absolutamente especiales como las actuales. Considero que los hechos, lo probado, y, sobretodo la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia le da la razón al accionante, queriendo insistir, en la excepcionalidad actual en la que transitamos.

Lo primero, es qué hay dos hechos ciertos: (i) a hoy, la página web del Tribunal, donde se encuentra la historia del proceso, no registra actuación alguna con posterioridad a la condena el día 15 de Julio. Nada se dice sobre si se presenta en tiempo el recurso, la sustitución del poder, es más, no aparece siquiera el auto donde se declaró desierto el recurso, y, (ii) es cierto también que el Tribunal le certifica al Defensor quien solicita permiso para ingresar, que las instalaciones estuvieron cerradas entre el 6 y el 31 de Agosto por una expresa disposición del Consejo Superior de la Judicatura.

Frente a lo primero, esto es, lo que sucede cuando la Secretaría no mantiene actualizada la actuación en la página web del proceso, tenemos que una es la situación en condiciones de normalidad, y otra en circunstancias como las actuales. La trascendencia de esta

situación, en la que la Secretaría no realiza la correspondiente constancia (o si se realiza no se hace pública) es una en condiciones normales, y otros en situaciones excepcionales, como en la que nos encontramos en la actualidad.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de antaño tiene señalada la importancia de la constancia secretarial en la que se indica el momento en que inicia y termina el término para la interposición de la demanda de casación, al punto que en el radicado 35.792 del 23 de Febrero de 2011, se resuelve un asunto en el que el accionante confió en lo señalado en la constancia, aún cuando la misma había realizado un conteo erróneo de los términos. En esta decisión, que es un hito, la Sala Penal de la Corte reitera un precedente sobre esta actuación procesal, señalando que

*"No se trata, como se ve, de una simple constancia secretarial, que es a lo que la Corte se refirió en el antecedente citado por el accionado, sino **de un requerimiento legal imperativamente impuesto al Secretario**, para que obre positivamente, es decir haciendo..."* (énfasis suplido).

En esta misma providencia, indica la Corte Suprema de Justicia que

*"...es que, en lo que tiene que ver con la notificación residual del edicto, **éste acto es una tarea infranqueable para el secretario del despacho judicial**, no equivale a una constancia ni a una glosa secretarial. Es un comportamiento obligatorio, es un deber funcional del secretario por expreso mandato de la ley procesal..."*. (énfasis suplido).

Aterrizando lo anterior al caso en concreto, tenemos que el Secretario del Tribunal está legalmente obligando a realizar el correspondiente aviso, en el que se informe que el recurso fue interpuesto a tiempo, y cuál es el término que corre para sustentar el recurso. En este caso en particular, no se sabe si esta constancia se hizo o no, pues nunca se publicitó, nunca se dio a conocer a la defensa cuál era el término, y si el recurso se había o no interpuesto en tiempo.

De hecho, una de las sentencias más importantes sobre la materia se suscita precisamente en una controversia dentro de un asunto que se tramitara en el Tribunal Superior de San Gil, en el que la Sala de Casación Penal hace referencia a su precedente, en la materia y reivindica la necesidad de informar a los sujetos procesales sobre el término que está corriendo.

Dice la Sala de Casación Penal en la sentencia 47.474 del 18 de enero de 2017

"...CSJ AP 16 de marzo 2011, rad. 35456 y CSJ AP 2 de mayo 2011, rad. 35807 -siendo en uno y otro caso la situación fáctica similar-, aconteció que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en audiencia de lectura de fallo de segunda instancia, anunció que en contra de la sentencia proferida procedía el recurso de casación el cual podría interponerse dentro de un término común de 60 días, siendo que para la época en que ambas decisiones fueron proferidas ya se encontraba vigente el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010 que modificó el 183 de la Ley 906 de 2004, norma que establece que la impugnación extraordinaria debe interponerse dentro de los cinco (5) días

siguientes a la notificación de la providencia, razón por la cual, en ambos casos, los recursos fueron interpuestos por fuera del término legal.

En esa oportunidad la Sala señaló que si bien las partes deben atenerse a los términos establecidos en la ley, cuando el error en la notificación provenga de la autoridad judicial y genere una expectativa cierta y razonable para los intervinientes acerca del plazo para recurrir, no se le pueden trasladar las consecuencias del defecto, en virtud del principio de confianza legítima...”

En este sentido, entonces, conforme a la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, es un imperativo que, interpuesto el recurso de casación se indique por parte de la Secretaría si el mismo fue interpuesto en término y cuál es el tiempo que se dispone para interponer el recurso extraordinario de casación.

La Sentencia más importante, a mi juicio, sobre como se resuelve esta problemática se presenta en sede de tutela, ante la Sala de Casación Penal, en la STP 13500-2015 del 29 de Septiembre de 2015, radicación 82.133. En esta sentencia, se tutela a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, indicando que el defensor interpuso un recurso extraordinario de casación, que no fue inscrito en la página web de la Rama Judicial, y fue igualmente declarado desierto. En esta providencia, que es igualmente aplicable a este caso en concreto, el Tribunal se defiende indicando que no registra en el sistema de información Siglo XXI los memoriales que presentan las partes ni las constancias secretariales.

La Corte Suprema, en este pronunciamiento, se ocupa de principio de publicidad de las decisiones judiciales, y traba la controversia en el hecho de que no se haya publicado en la página web del proceso todas las actuaciones surtidas. La Corte, al señalar la controversia de manera desfavorable, **en 2015**, señala:

"Así, no puede desconocer el actor que el sistema de información de la página web de la Rama Judicial se encuentra en desarrollo, y aún no existe una completa sistematización de la información contenida en los expedientes que permita consultar su total contenido a través de medios electrónicos. Tal situación exige entonces, que los usuarios de la jurisdicción deban acudir directamente a los despachos judiciales para enterarse del estado actual de los procesos judiciales de su interés."

De manera que, la Sala de Casación Penal, en esta temática, traza el precedente que es absolutamente aplicable en este asunto. Se señala que la página está en construcción (cinco años después, esta situación sigue igual), y que es deber del usuario concurrir personalmente a las instalaciones del despacho para enterarse de la actuación en su totalidad, incluida la constancia secretarial, decisión que entiendo válida para la época de los hechos, y sobretodo, en unas circunstancias de normalidad.

En este sentido, a manera de conclusión, tenemos que (i) la Corte Suprema de Justicia entiende, desde antaño que la constancia secretarial respecto de la interposición del recurso extraordinario de casación es un deber de la secretaría, (ii) que la misma debe notificarse a las partes, mediante edicto, o aviso, (iii) pero no necesariamente en la página web, en tanto que los sujetos procesales deben comparecer al proceso.

Sin embargo, y aún cuando nos queda todavía por revisar la jurisprudencia actual, en tiempos de pandemia, encontramos que **dentro de esta actuación nunca se informó a las partes de la constancia secretarial sobre la interposición en términos del recurso de casación y el término que corría para la sustentación.** En condiciones normales, ello en absoluto invalida la actuación, en tanto que el recurrente puede ir al Tribunal a revisar el estado del proceso y enterarse. Es incluso, una obligación.

En condiciones de normalidad, entonces, la no inclusión de la constancia en la página web sería una irregularidad que no afecta la actuación, pues la publicidad se surte con el edicto o aviso, y por ende, la declaratoria de desierto del recurso interpuesto es correcta.

Sin embargo, **otra debe ser la situación en circunstancias como las actuales,** donde la persona no tiene, porque así lo dispuso el Consejo Superior de la Judicatura, la posibilidad del ir al Tribunal a (i) revisar el estado del proceso, y (ii) a preparar el recurso extraordinario de casación.

En este caso, entre el 6 y el 31 de Agosto por disposición del Consejo de la Judicatura, el Tribunal estuvo cerrado, y al recurrente no se le permitió, como se certifica dentro de la actuación, el ingreso a la sede judicial. Esta situación va a tener dos incidencias, (i), en las circunstancias actuales, **era obligatorio que el Tribunal le informara del contenido de la constancia secretarial por medios electrónicos,** y del término del que se dispone para sustentar el recurso, y, (ii) **debe poner a disposición del recurrente por medios electrónicos la**

actuación para que pueda preparar el recurso. En este caso, no sucedió ni lo uno, ni lo otro.

En efecto, mediante la Resolución 385 del 12 de Marzo de 2020 el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional por cuenta del COVID-19. En desarrollo de ello, el Consejo Superior de la Judicatura ha expedido sendos acuerdos, algunos que suspenden los términos judiciales hasta el 1º de Julio de 2020, y de manera particular, y muy importante, mediante el Acuerdo PCSJA20-11614 del 6 de Agosto de 2020, establece el cierre de las instalaciones judiciales en todo el país entre el 6 y el 31 de Agosto de 2020. Si las instalaciones del Despacho están cerradas, resulta aplicable el Decreto 806 de 2020, precisamente expedido en el marco de la emergencia decretada, en el que se indica que **se deben usar las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales para facilitar “y garantizar” el acceso a la justicia.** Se señala, en este mismo decreto, que los medios tecnológicos deben usarse “*para todas las actuaciones*” . En el parágrafo del artículo 2º, se dispone que se adoptarán las medidas para garantizar el debido proceso, la publicidad y el derecho de contradicción señalando que las autoridades judiciales “*procurarán la efectiva comunicación virtual con los usuarios de la administración de justicia*”. El artículo 4º, de este mismo Decreto, indica que cuando no se tenga, como en este caso, acceso al expediente físico en la sede judicial, la autoridad judicial colaborará proporcionando por cualquier medio las piezas procesales que se encuentren en su poder.

De manera que, de conformidad con la normativa previamente indicada, el Tribunal estaba en la obligación de transmitirle al recurrente el término para interponer la demanda de casación,

desde cuando y hasta cuando corría, y tenía la obligación de utilizar las tecnologías de la información para ponerle a disposición las piezas procesales. Si esta obligación existe de manera genérica, más era exigible en estas diligencias en particular, cuando el propio defensor intenta acudir a la sede judicial y se le certifica que no puede ingresar.

De manera que, en condiciones excepcionales, la situación anteriormente descrita es diferente, pues el Tribunal en la actualidad si estaba obligado a informarle al recurrente la constancia secretarial debiendo acudir a las tecnologías de la información. Resulta, cuando menos llamativo, que se le haya certificado que no se le permitió ingresar al Tribunal entre el 6 y el 31 de Agosto, pero nunca se puso a su disposición el expediente, ni se le enteró -por ejemplo, a través del correo electrónico- de como avanzaba la interposición del recurso.

Lo más importante en este asunto, no es solamente que lo normativo le de la razón al recurrente en sus planteamientos, sino que se ha expedido, por vía de tutela, una importante cantidad de jurisprudencia que efectivamente confirma que **a circunstancias excepcionales, respuestas excepcionales**. Haremos un recuento de las últimas sentencias aplicables a este caso, en sede de tutela, para señalar que al recurrente le asiste la razón en su planteamiento.

En sentencia del 11 de Septiembre de 2020, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, radicado STC7284-200 señala:

"No bastará que el fallador programe la sesión, sino que además deberá, (i) Convocar a los interesados con la debida

anticipación, de modo que entre el señalamiento de la audiencia y su celebración medie tiempo suficiente para que ellos se «prepararen», (ii) Suministrarles oportunamente los datos para que puedan ingresar a la audiencia virtual, esto es, la plataforma, las condiciones técnicas para acceder a ella, una breve descripción de su funcionamiento, entre otros aspectos, que le permita «acceder y familiarizarse con el medio tecnológico a través del cual se realizará la audiencia», y (iii) Poner a su disposición el expediente con suficiente anterioridad y a través de los canales a su alcance o los mecanismos dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura (Circulares PCSJ20-11, 31 mar. 2020 y PCSJ20-27, 21 jul. 2020), o en su defecto, las piezas relevantes para el desarrollo de ella, para que puedan «ejercer sus derechos»..."

(...)

"...como el «acceso y conocimiento de los medios tecnológicos» a través de los cuales se ha de celebrar la «audiencia virtual» es condición para su realización, la falta de uno o de ambos elementos por el «apoderado judicial de alguno de los extremos procesales», puede ser invocada como causal de «interrupción del proceso». Si dichas circunstancias ocurren y se alegan antes de la vista pública, darán lugar a la «reprogramación» de la sesión, y si a pesar de ellas la «audiencia» se practica, o, son concomitantes a ésta, podrá alegarse la nulidad consagrada en el numeral 3º del artículo 132 del estatuto adjetivo, con el fin de que se repita."

En esta importante providencia, la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela afirma que es deber del fallador poner a disposición de las partes todo aquello que necesiten para intervenir, dentro del presente caso, por lo menos poner a disposición del recurrente el expediente que él mismo pidió revisar, pero que no pudo observar por estar cerrado el Tribunal.

Muy importante resulta la sentencia de tutela STC3610-2020 del 4 de junio de 2020, nuevamente en tiempos de pandemia, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Se trata de una tutela, en la que la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, dentro de un trámite dispone que un ciudadano debe comparecer de manera presencial a las instalaciones de la entidad, y, atendiendo la situación actual, el ciudadano no comparece, lo cual genera situaciones adversas dentro de la actuación y suscita el debate de tutela.

Señala la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela

"Bajo este entendido, la actuación descrita evidencia la vulneración alegada, por cuanto la entidad convocada cercenó el derecho de defensa de los acreedores involucrados...al conminarlos a acudir directamente a sus instalaciones para conocer el contenido del proyecto de calificación...."

En la sentencia STC3586-2020 del 4 de Junio de 2020, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, se ocupó de una situación en la que no se notifica por medios virtuales un mandamiento de pago, señalando que las decisiones judiciales deben y pueden notificarse por estos medios virtuales.

En la sentencia STC-2020-00023 del 20 de Mayo de 2020, ya en tiempos de pandemia, Radicación 52001221300020200002301 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia indica que la virtualidad envuelve la accesibilidad, y la notificación presupone el conocimiento real de lo esencial de la providencia, existiendo un nexo entre el texto de lo decidido y su **divulgación virtual** de manera que las partes, **a través del estado electrónico puedan estar al tanto del impuso de la controversia, aunque estén distantes del Despacho**, indicando que estos estados electrónicos garantizan la publicidad y transparencia de la determinación que se ha tomado. Se señala, en esta providencia, que cuando el estado electrónico no concuerda con lo definido por el juez y producto de dicho error el interesado sufre alguna lesión importante del derecho al debido proceso, mal haría en imputarse las resultas negativas de tal equivocación cuando actuó motivado por la confianza legítima. En esta decisión, proferida en tiempos de COVID-19 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, refiere que algunos despachos judiciales han implementado la publicación de sus decisiones a través del portal de la Rama Judicial y otros lo hacían con antelación. Refiere, que **el interesado tiene el deber de consultar el estado actual de proceso, pero que, en las circunstancias actuales, ello se hace por los medios virtuales, y debe ampararse la confianza legítima del ciudadano, que acude a la página web y confía en que lo que allí aparece se corresponde.**

De manera que, una es la situación en tiempos normales, y otra en los que corren. En condiciones normales, la declaratoria desierta del recurso, es procedente jurídica y normativamente, en tanto que el recurrente debe estar siempre enterado del estado del proceso, y puede acudir a la sede judicial a fin de enterarse del estado del trámite. En las circunstancias actuales, normativa y

jurisprudencialmente la situación es muy diferente, como lo he demostrado con las normas y sentencias respectivas, en las que se indica que (i) era obligación de la secretaría indicar la interposición del recurso, y el término que corre, (ii) si bien en condiciones normales, ello no debe notificarse salvo por aviso o edicto, en las circunstancias actuales el que no se haya dicho nada en la página web genera una confianza legítima que puede ser tutelada, teniendo en cuenta que no hay ingreso a las sedes judiciales, (iii) es evidente que el recurrente intenta asistir a la sede judicial, que está cerrada por expresa disposición del Consejo Superior de la Judicatura, e incluso, se le certifica.

A pesar de lo anterior, **por ningún medio se le enteró de la constancia secretarial, ni tampoco se le facilita el acceso al expediente, con lo que claramente se ha vulnerado el derecho de acceso a la administración de justicia**, que le cerró literalmente las puertas y lo dejó a la deriva, para, posteriormente, indicarle que no podía hacer uso del recurso pues el término había caducado mientras la sede judicial estaba cerrada.

Entonces, a manera de conclusión, encuentro que en condiciones normales, el Despacho tiene toda la razón en declarar desierto el recurso, pues la parte interesada debió estar al tanto del proceso, y del trámite. Sin embargo, en las condiciones actuales, son circunstancias diferentes, con reglas diversas que señalan que efectivamente se vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia de la recurrente y su apoderado.

En este sentido, considero que es viable la petición que realiza el recurrente, cuando menos, en lo que tiene que ver con el tiempo

en que el Tribunal estuvo cerrado, reitero, en tanto que se ha desconocido el derecho a acceder a la administración de justicia.

Encuentro acertada la postura del recurrente, al señalar que el término normativamente establecido para presentar el recurso extraordinario de casación existe para preparar y presentar un recurso que es complejo y excepcional, y es por ello que precisamente se deja el expediente a consideración de los apoderados, para que pueda observarse en su totalidad y definir la estrategia que se va a emplear en sede del recurso extraordinario. En este caso en particular, el apoderado mismo insiste en ir a revisar el proceso, se le informa el 1º de Septiembre que el Tribunal estuvo cerrado entre el 6 y el 31 de Agosto por disposición del Consejo Superior de la Judicatura, pero no se le da respuesta alguna, no se deja que observe el proceso, ni por medios informáticos tales como el correo electrónico, o una aplicación de mensajería se le da cuenta del estado del proceso, de las actuaciones que tuvieron que surtirse, nada. Todo esto, sin duda, vulnera el derecho de defensa, al debido proceso de las personas condenadas, pero, más allá de todo, el acceso a la administración de justicia del apoderado.

Es por ello, que me permito coadyuar el recurso interpuesto en tiempo por el defensor, y de manera especial, ruego al H. Tribunal aplicar justicia en este caso, y ajustar la situación a la virtualidad, a la existencia de una pandemia, como lo ha hecho nuestra Corte Suprema de Justicia, y correr el traslado que corresponde, para que pueda sustentarse el recurso de casación.

Considero que el traslado ha de correrse desde el día uno, en tanto que no se informó al defensor sobre la constancia secretarial que tuvo que informarse, y que él, en medio de la confianza legítima

entendió que no se había expedido. Pero, por lo menos, ha de hacerse justicia y no correr el término en los días en que estuvo cerrado el Tribunal, se impide el acceso al público, siendo esta una cuestión de elemental justicia.

Por todo lo anterior, respetuosamente elevo la siguiente

3. Petición

- **PRIMERO. AMPARAR** el derecho fundamental al acceso a la Administración de Justicia de mis prohijados y de su entonces apoderado, y en consecuencia, **REPONER** el auto del 16 de Septiembre de 2020 en el que se declarara desierto el recurso de casación interpuesto dentro del término legal, y, en consecuencia,
- **SEGUNDO. ORDENAR** la expedición una constancia secretarial auto, que debe notificarse acudiendo a los medios electrónicos en el que se indique la interposición en tiempo del recurso y el término para sustentarlo.

Con todo respeto



FRANCISCO BERNATE OCHOA

CC 79.801.561 de Bogotá DC

TP 106.176 del C S de la J