

Proceso Nº 12741

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 149 (septiembre 5 de 2000)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil (2000)

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de LUIS HELMER BOLAÑOS CASIERRA contra la sentencia del 15 de enero de 1996, mediante la cual el entonces Tribunal Nacional confirmó la condena impuesta a dicho procesado por un Juzgado Regional de Cali, con la modificación en el sentido de fijar la pena principal en cincuenta y cinco (55) años de prisión, como coautor penalmente responsable del doble homicidio agravado del que fueron víctimas los agentes de Policía Nacional JUAN CARLOS MAZUERA GONZALEZ y FABIAN MARTINEZ LOPEZ, en concurso con el delito de hurto calificado y agravado.

ANTECEDENTES

1. Refieren los autos que en la noche del 2 de octubre de 1993, cuando los agentes de Policía Nacional JUAN CARLOS MAZUERA GONZALEZ y FABIAN MARTINEZ LOPEZ, en cumplimiento de labores propias del servicio patrullaban una zona marginal del barrio Las Orquídeas de la ciudad de Cali, fueron atacados por tres sujetos desconocidos que luego de herir gravemente a los custodios del orden emprendieron la huida.

Los uniformados fallecieron poco después en un centro asistencial como consecuencia de las heridas que les fueron causadas. Entre tanto, los moradores del lugar reportaron el suceso en forma inmediata a las autoridades, y dispuesto el operativo con miras a verificar la captura de los agresores, los policiales que asumieron las pesquisas iniciales fueron alertados en el sentido que uno de los delincuentes, herido durante la reacción de los gendarmes, se había fugado en dirección al sector conocido como Mojica.

Iniciada la búsqueda en ese paraje de invasión y en el caño aledaño, ubicaron a un individuo oculto en el tejado de una humilde vivienda, de donde descendió por pedido de los uniformados para constatar éstos, entonces, que tal sujeto, identificado como LUIS HELMER BOLAÑOS CASIERRA, presentaba una herida de arma de fuego en el hombro izquierdo, pero además, que en el sitio en el cual se había refugiado se encontraba el revólver de dotación oficial del abatido MAZUERA GONZALEZ.

2. Con fundamento en el reporte de la aprehensión del sujeto BOLAÑOS CASIERRA y en las actuaciones preliminares llevadas a cabo, la Fiscalía Regional de Cali abrió la correspondiente investigación en resolución del 4 de octubre de 1993 en la que ordenó vincularlo en indagatoria, a quien afectó en providencia del día 14 de los mismos mes y año, con detención preventiva por el delito de homicidio tipificado en el artículo 8º del Decreto 2790 de 1990, subrogado por el Decreto 099 de 1991 (fls. 28, 31, 39).

Dispuesta la clausura del instructivo y agotados los trámites de rigor, el director del sumario calificó su mérito probatorio el 15 de junio de 1994, con resolución acusatoria en la que imputó al sindicado la autoría del doble de homicidio comprobado en autos, tipificado en el artículo 323 del Código Penal, con la circunstancia agravante del artículo 324-8º ibídem, por la consumación de la conducta en miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y por razón de él, disposiciones subrogadas por los artículos 29 y 30 de la Ley 40

de 1993; en concurso, con el delito de hurto calificado adecuado a los artículos 349 y 350 del Código Penal, agravado con sujeción al ordinal 11º del artículo 351 ejusdem (fls. 149, 172).

Recurrida la calificación por la defensa, la Fiscalía Delegada ante el entonces Tribunal Nacional le impartió confirmación integral en providencia del 5 de septiembre siguiente (fls. 190 y 209)

Surtido el rito de la causa, con fecha junio 30 de 1995, un Juzgado Regional de Santiago de Cali profirió el fallo de condena en congruencia con la resolución de acusación, en el que impuso al sindicado BOLAÑOS CASIERRA la pena principal de cuarenta y ocho (48) años de prisión, además de la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso máximo legal de diez (10) años (fls. 347), decisión que el Tribunal Nacional confirmó en sentencia del 15 de enero de 1996, con la modificación en el sentido de imponer al citado procesado la pena de cincuenta y cinco (55) años de prisión (fl. 3 cdno. Tribunal Nacional).

LA DEMANDA

El defensor del procesado desarrolla la censura a través de varios reproches que erige contra la sentencia de segunda instancia de manera subsidiaria y con observancia del principio de prioridad, de conformidad con el artículo 225-4º del Código de Procedimiento Penal.

1. Así, al amparo de la causal tercera prevista en el artículo 220 ibídem eleva un primer cargo, que hace consistir en el proferimiento del fallo en un juicio viciado de nulidad por la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, anomalías que al tenor del artículo 304-2º del estatuto penal adjetivo generan esa grave consecuencia procesal.

Hace consistir ese inicial reproche, entonces, en que la medida de aseguramiento endilgó al sindicado BOLAÑOS CASIERRA la autoría del doble homicidio agravado, exclusivamente, mientras que en la resolución de acusación se le dedujo el compromiso en esos delitos en concurso con el hurto calificado y agravado, hechos punibles por los cuales fue finalmente condenado tanto en primera como segunda instancia.

Ante la situación así configurada el recurrente afirma la transgresión de los artículos 387, 389 y 438 de la codificación procesal penal, de conformidad con los cuales se exige que antes de la clausura del ciclo instructivo se defina la situación jurídica respecto del delito de que se trata, requisito que fue obviado de manera manifiesta en el presente asunto, pues la imputación del ilícito contra el patrimonio económico se formuló tan solo a partir de la providencia enjuiciatoria, en consecuencia, el sindicado fue sorprendido con ese cargo privándosele por ende de la posibilidad de controvertirlo, esto es, se produjo un infranqueable menoscabo del derecho de defensa que, a juicio del recurrente, impele a declarar la nulidad desde la resolución de clausura de la investigación.

2. Con fundamento también en la causal tercera de casación, pero por violación del derecho a la defensa y al tenor de los artículos 304-3º del Código de Procedimiento Penal, 29 de la Constitución Política, 8º de la Ley 16 de 1972 mediante la cual se aprobó la convención interamericana de derechos humanos, y 14 de la Ley 74 de 1968 que incorporó a la legislación interna el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, el impugnante solicita la declaratoria de nulidad partir de la providencia que dispuso la práctica de pruebas en la etapa de la causa, porque se omitió recaudar las que resultaban pertinentes para demostrar la responsabilidad penal.

En la demostración del cargo y con carácter puramente enunciativo, el impugnante echa de menos varios de los medios de convicción cuya recepción demandaron la defensa y el Ministerio Público en el curso del proceso. Es el caso entonces, de las citas efectuadas

por BOLAÑOS CASIERRA en la indagatoria y que el censor prescinde de especificar; de la prueba técnica con miras a esclarecer el tipo de proyectil que lesionó al sindicado y si fue detonado con el arma de los agentes; de los testimonios de Heberth Guerrero y Adela Caicedo sobre la conducta y actividades habituales del encartado, de utilidad para desvirtuar la endilgada pertenencia a una banda delictiva; de las ampliaciones de las declaraciones de los uniformados Wilson Ariel Guerron y Norberto Orduz Prada, alusivas a las circunstancias que rodearon la aprehensión; así como de las averiguaciones sobre el motivo por el cual no se practicó al procesado la prueba de guantelete con posterioridad a su captura, ni se realizó el examen de dactiloscopia al arma que supuestamente le fue encontrada.

Esos elementos de convicción, en opinión del casacionista, habrían respaldado el aserto de BOLAÑOS CASIERRA en el sentido que al momento de su retención no portaba el arma de uno de los uniformados abatidos; asimismo, resultaban pertinentes para aclarar que el agente Wilson Ariel Guerron no fue presencial de los sucesos, como dejó entrever al rendir testimonio en las diligencias con una intención en manera alguna establecida en el plenario; en fin, surgían determinantes para dilucidar la verdad histórica y, por ende, la inocencia del acusado, más aún, cuando la condena se fundamentó en las declaraciones de oídas rendidas durante la investigación por quienes tenían vínculos y relaciones institucionales con las víctimas.

3. Con apoyo en el artículo 220, numeral 1º, cuerpo 1º del Código de Procedimiento Penal, el recurrente imputa a la sentencia de segundo grado la violación de una norma de derecho sustancial; cargo que deriva en dos de sus modalidades, pero que refunde en la ulterior sustentación de la censura, por estar orientadas ambas a demostrar el endilgado desconocimiento de la prohibición de la reformatio in pejus

Aduce entonces, la interpretación errónea de los artículos 206 y 217 de la codificación procesal penal, así como la falta de aplicación de los artículos 17 de ese estatuto ritual

y 31 de la Constitución Política, pues el Tribunal Nacional fundamentó el agravamiento de la pena en la procedencia de la consulta respecto del fallo de primera instancia, perdiendo de vista, a juicio del recurrente, que de conformidad con tales disposiciones ese grado de jurisdicción no resulta viable frente a las sentencias apeladas, más aún, que cuando el sindicato ostenta calidad de apelante único, como sucedió en el presente proceso, cobra plena vigencia la prohibición de toda reforma peyorativa.

En ese orden de ideas, el impugnante estima que el ámbito de la competencia del Tribunal estaba deslindado por el inconformismo del apelante, por consiguiente, que únicamente podía pronunciarse de fondo sobre la solicitud de absolución invocada a favor del acriminado BOLAÑOS CASIERRA, sin posibilidad de enmendar supuestos errores del a quo en la tasación de la pena, correctivo que se materializó aquí con menoscabo de los derechos de su asistido. Trae como argumento de autoridad, finalmente, la sentencia de la Corte Constitucional SU - 327 del 27 de julio de 1995, M.P. Dr. Gaviria Díaz, para insistir en la tesis de una competencia restringida en el caso concreto a los puntos materia de disenso, que no podía ser desbordada a través del aumento de la sanción impuesta por el a quo, máxime que ninguna discrepancia exteriorizaron respecto de ella la Fiscalía y el Agente del Ministerio Público.

Con base en esos raciocinios pretende de la Corte, de conformidad con el artículo 229 numeral 1º del estatuto procesal penal, que se case la providencia impugnada, y por lo tanto, el proferimiento del fallo de sustitución correspondiente en el que se prescinda del aumento de pena deducido por el ad quem al desatar la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El Procurador Primero Delegado comparte algunas de las apreciaciones del recurrente, como pasa a reseñarse.

1. En relación con el cargo inicial, que rotula equivocadamente bajo la causal primera, advierte que en la medida de aseguramiento proferida contra el sindicado en los albores de la fase investigativa no se le dedujo la autoría del delito de hurto calificado y agravado, finalmente imputado por la Fiscalía en la resolución acusatoria con inobservancia del artículo 438 de la codificación penal adjetiva, pues esa norma dispone de manera tajante y sin posibilidad de excepciones que “en ningún caso podrá cerrarse la investigación si no se ha resuelto la situación jurídica del procesado”.

Frente a ese supuesto, en criterio de la Delegada, se configura una violación del debido proceso y del derecho a la defensa, en consecuencia, solicita la nulidad de lo actuado a partir de la clausura del ciclo instructivo, únicamente en lo atinente al punible contra el patrimonio económico, desde luego, y con las repercusiones correspondientes en la adecuación de la pena, pues de ella debe descontarse el monto impuesto al acusado por dicho concepto.

Agrega que la Corte en pasados pronunciamientos ha excluido la nulidad cuando tratándose de varias hipótesis delictivas, se cierra la investigación sin resolverse la situación jurídica del sindicado por todos los delitos finalmente atribuidos en la providencia enjuiciatoria, criterio sustentado en la comprensión de que el ejercicio de la acción penal se legitima siempre que el procesado sea interrogado puntualmente sobre los cargos fácticamente demostrados en el informativo (providencia del 10 de marzo de 1998, M.P. H. Dr. Páez Velandia), pero del cual disiente.

Plantea en sustento, que la imputación efectuada en el curso de la investigación y en la fase de la causa es jurídico - sustancial para garantizar de manera cierta el derecho de defensa, pues una acusación puramente naturalística priva al procesado y su representante judicial de pautas claras y confiables para la petición de pruebas, la interposición de recursos, solicitar libertades, rebatir los elementos descriptivos, normativos y subjetivos de los tipos penales, en fin, para una efectiva controversia,

máxime ante los yerros frecuentes de los funcionarios instructores en la adecuación típica de las conductas o con ocasión de cargos surgidos en el curso de las pesquisas. Por esa razón, en opinión de la Procuraduría, la norma parcialmente transcrita consagra la prohibición de finiquitar la investigación sin una definición previa de la situación jurídica por el delito de que se trata.

2. En cuanto a la nulidad pretendida por el casacionista como consecuencia de la omisión de algunas pruebas, la Delegada de conformidad con el criterio pacífico de la Sala estima que la censura no puede ser acogida, pues los elementos de juicio echados de menos en las presentes diligencias, de haberse allegado al informativo, en manera alguna cambiarían el carácter condenatorio del fallo ante la existencia de otros medios de convicción que, en todo caso, demuestran en forma plena el compromiso de BOLAÑOS CASIERRA en el concurso de hechos punibles objeto de la causa.

Con esa orientación destaca las declaraciones de los agentes Adolfo Mora Pastrana y Wilson Guerrón Díaz, el informe rendido por los uniformados Carlos Coral Ceballos y Carlos Martínez, el testimonio de Ruby de la Cruz Arboleda, moradora de la vivienda en cuyo tejado fue descubierto el sindicado, así como los indicios de presencia y mentira, que en conjunto y atendido el principio de libertad probatoria muestran el carácter innecesario de las pruebas que no fueron recaudadas durante el curso del proceso.

3. Tratándose del último cargo formulado, el Agente del Ministerio Público advierte que conoce la postura de la Sala sobre la preponderancia del principio de legalidad frente a la limitación de la reforma peyorativa en detrimento del sindicado apelante único, que opera cuando en la determinación de la pena se han respetado los lindes señalados para la misma en la disposición infringida; criterio del cual disiente por cuanto estima que las previsiones del constituyente de 1991 en la materia no pueden ser objeto de condiciones ajenas a la Carta Política, máxime que la prohibición de la reformatio in pejus

además de que constituye una garantía de rango superior, concurre también a integrar el derecho fundamental al debido proceso.

Evoca el pronunciamiento de la Corte Constitucional de fecha julio 27 de 1995 para afirmar que el ad quem carece de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de la sanción irrogada al sindicado apelante único, dado que el sistema acusatorio y el anunciado principio restringen su ámbito funcional a los aspectos objeto de la alzada; asimismo, que frente a un fallo de contenidos ilegales, su impugnación en orden a corregirlos corresponde al Fiscal y al Ministerio Público, sin que resulte viable una intervención oficiosa del juzgador para suplir las omisiones de esos sujetos procesales; y finalmente, descarta la prevalencia de principios en el entendido que debe propugnarse por su aplicación armónica y sistemática, pero además de conformidad con su especificidad e incondicionalidad.

Tratándose de las providencias de la otrora justicia regional susceptibles de consulta, entre ellas las sentencias no anticipadas, la Procuraduría Delegada en abierta oposición con el criterio de la Sala, estima que ese grado jurisdiccional no procede cuando se trata de fallo que únicamente apela el procesado, pues en tales eventos el recurso interpuesto enerva la consulta con las limitaciones que deriva a su vez en el ámbito de la competencia del ad quem.

Estima viables las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la materia, cuando concluye que el desbordamiento de la competencia so pretexto de enmendar alguna irregularidad en el proceso o la sentencia, y que se refleja en el empeoramiento de la situación punitiva del acriminado, encubre sin remisión a dudas la violación del comentado mandato superior; de igual modo, que si bien esa Corporación en fallo del 13 de noviembre de 1997, referido al artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, declaró exequible la facultad otorgada en ese precepto al superior para decidir la consulta sin limitación alguna, en opinión del Ministerio Público no opera cuando ese

grado de jurisdicción concurre al mismo tiempo con la apelación interpuesta con carácter único por el proceso, máxime que esa temática en manera alguna fue abordada en el control constitucional de dicha norma.

Por lo expresado en los acápites precedentes, la Delegada acoge el cargo formulado por el recurrente, y en armonía con esa postura, solicita que se case parcialmente la sentencia recurrida dictándose en esta Sede el fallo de reemplazo que restablezca la sanción impuesta al procesado por el juzgador a quo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala brindará respuesta a la demanda con la misma secuencia observada en ella para la formulación de los cargos, ante la prioridad que ostentan los reparos elevados inicialmente por el impugnante a la sentencia de segunda instancia al amparo de la causal tercera del artículo 220 del estatuto procesal penal, a través de los cuales pretende la anulación parcial del trámite, por lo menos.

Primer Cargo.

De la simple revisión del expediente se constata que una vez efectuada la indagatoria del aprehendido BOLAÑOS CASIERRA, dentro del término legal, la Fiscalía delegada ante los entonces Jueces Regionales de Cali definió su situación jurídica en resolución de fecha octubre 14 de 1993, con medida de aseguramiento de detención preventiva por la presunta autoría del delito de homicidio agravado noticiado en las presentes diligencias, sin que en la calificación típica consignada en esa providencia y, menos aún, en su acápite resolutivo, se le dedujera de manera simultánea, en concurso de hechos punibles, el compromiso como ejecutor del hurto recaído sobre el arma de dotación de uno de los uniformados abatidos en los sucesos materia de la investigación correspondiente (fls. 32, 39).

No es menos cierto, como destacan al unísono el recurrente y la Procuraduría Delegada, que la imputación erigida en tales términos contra el sindicato se mantuvo incólume hasta el cierre la instrucción, y que en la calificación del mérito probatorio de la misma, además de atribuírsele al mencionado BOLAÑOS CASIERRA la perpetración del homicidio al tenor del artículo 323 del estatuto punitivo, con la circunstancia intensificadora contemplada en el artículo 324-8º ibídem, disposiciones subrogadas por la Ley 40 de 1993, se le derivó responsabilidad también en el aludido atentado contra el patrimonio económico, adecuado a la figura descrita en el artículo 349 de la codificación citada, calificado y agravado con apego a los artículos 350, 351-11º ejusdem (fl. 172).

Sin embargo, ningún eco puede concederse a las objeciones erigidas a la legalidad del trámite a partir de esa circunstancia, pues no se atisba en ella la afirmada transgresión del debido proceso y del derecho de defensa, como sostuvo la Sala cuando abordó en otras diligencias esa específica temática a través de decisión evocada por la Procuraduría en el concepto rendido en esta Sede, en la que plasmó criterio que por su actualidad y vigencia debe reiterar en el caso de autos. La Corporación precisó en esa oportunidad:

“El inciso primero del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal dispone que, “En ningún caso podrá cerrarse la investigación si no se ha resuelto la situación jurídica del procesado”. A su turno, el artículo 387 ibídem señala que dentro de los cinco o de los diez días siguientes a la indagatoria, según que la persona se encuentre o no privada de la libertad, el funcionario judicial deberá resolver la situación jurídica dictando medida de aseguramiento si hay prueba que la justifique, o absteniéndose de hacerlo.

“Con medida de aseguramiento o sin ella, una vez definida la situación jurídica la instrucción del proceso continúa sin que haya ninguna norma que diga que si se amplía la indagatoria es necesario volver a definirla, y realmente una orden en ese sentido sería absurda desde el punto de vista de la agilidad que debe tener la actuación sumaria, especialmente si se tiene en cuenta que la etapa de investigación termina con

un nuevo y más riguroso examen de la situación jurídica, en donde no solamente se evalúan las pruebas recaudadas y se mira lo atinente a la medida de aseguramiento, sino que si se profiere resolución de acusación se concreta la denominación jurídica de los hechos por los cuales debe el imputado responder en juicio. El sindicado puede solicitar cuantas ampliaciones de indagatoria considere necesarias (art. 361 C. de P. P.), pero ese no es un mecanismo que obligue al funcionario judicial a proferir sendas definiciones de la situación jurídica.

“Así las cosas, independientemente de que en la definición de la situación jurídica se haya impuesto o no medida de aseguramiento, del número de delitos allí endilgados, y de la denominación jurídica que se les hubiere dado, es en la resolución de acusación en donde se definen los cargos, por lo tanto creer que entre las dos providencias debe existir congruencia es darle al primer pronunciamiento un alcance que no tiene, y desconocer lo obvio, esto es, que si después de definir la situación jurídica se puede seguir investigando, es de esperarse que las nuevas pruebas puedan dar lugar a que lo consignado en ese proveído sufra profundas modificaciones. Incluso podrían presentarse cambios sin que surjan nuevas pruebas, simplemente porque al momento de calificar ya se tenga una mejor comprensión de lo ocurrido y un más informado criterio para decidir.

“Trasladando lo anterior al campo de la casuística para una mejor ilustración, podrían darse, entre otras, las siguientes situaciones: a) que en la definición de la situación jurídica se impute un delito, y al momento de la calificación se estime que los hechos investigados dan lugar a dos o más punibles en concurso; b) que en la definición de la situación jurídica se de a los hechos una denominación, y en la resolución de acusación se considere que es otra; c) que en la primera oportunidad se diga que no hay lugar a medida de aseguramiento por no haber suficientes elementos de juicio sobre la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, etc., y en el momento de la calificación se encuentre que hay mérito para enjuiciar por uno o más ilícitos.

En síntesis, lo que se califica a continuación del cierre de la instrucción son los hechos que fueron objeto de la misma, y sobre los cuales se indagó al sindicado, y para hacerlo el criterio que se hubiere expuesto en la definición de la situación jurídica no constituye ninguna limitante, todo lo contrario, si en ese pronunciamiento se hubiere cometido algún error, es la oportunidad para subsanarlo. Dicho de otra manera, si bien la definición de la situación jurídica es un requisito procesal para poder cerrar la investigación, su contenido no limita el de la calificación.” (sentencia de única instancia del 31 de julio de 1997, H. M.P., Dr. Calvete Rangel).

Tampoco resulta acertado sostener que el sindicado fue sorprendido como consecuencia de la imputación del hurto del revólver a partir de la resolución acusatoria, exclusivamente, delito calificado y agravado conforme a la adecuación típica definida en esa providencia, pues desde los albores del instructivo se le impuso de la investigación simultánea que se adelantaría en estas diligencias de ese otro ilícito de notoria conexidad con el homicidio, tanto así, que la actividad defensiva desplegada en el curso del sumario también se extendió a esa conducta que la Fiscalía finalmente subsumió en concurso de hechos punibles en un atentado contra el patrimonio económico; situación que desvirtúa, por ende, la alegada imposibilidad de controvertir dicho cargo con insoslayable quebranto de las garantías fundamentales del acriminado.

La captura de BOLAÑOS CASIERRA en poder del arma de dotación de uno de los policiales ultimados por el grupo de delincuentes, fue referida en la resolución que fundamentó su encarcelamiento por razón de los sucesos reportados en autos; de igual modo, la providencia que dispuso la apertura del instructivo ordenó la práctica de las pruebas requeridas para establecer si el revólver incautado en verdad pertenecía a uno de los occisos, y confirmando con mayor contundencia que ese ilícito proceder en modo alguno se sustrajo al objeto de la investigación, menos aún, al conocimiento del sindicado permitiéndole brindar las explicaciones correspondientes, se tiene que cuando rindió injurada aludió al hallazgo del revólver en el sitio donde fue aprehendido, suceso

respecto del cual fue interrogado reiterativamente además en el curso de esa diligencia (fls. 17, 28, 33, 34).

Asimismo, aunque la determinación que definió la situación jurídica no endilgó la configuración del hurto y la responsabilidad de BOLAÑOS CASIERRA en su comisión, tal episodio delictivo se involucró en todo caso en el análisis de la prueba y para discernir la medida cautelar que resultaba pertinente proferir en detrimento del sindicado, como se evidencia en las múltiples alusiones en esa resolución al decomiso en poder del indagado del arma ilegítimamente sustraída al agente de policía nacional abatido (fls. 39 a 43). En ese orden de ideas, tal conocimiento que ahora se pretende desconocer para alegar un inexistente menoscabo del derecho a la defensa y del debido proceso, así como la imposibilidad de controvertir un ilícito que se censura formulado a partir de la determinación enjuiciatoria, es el que explica que el procesado con precedencia a la clausura de la etapa instructiva, mediante memorial en el que formuló varias peticiones, exteriorizó la comprensión de esa circunstancia estimada hasta entonces solo como un elemento de juicio para erigir en su contra el compromiso en la perpetración del homicidio (fl. 147), y que simplemente fue atendida de manera posterior en la resolución acusatoria para valorarla más allá de ese inicial y restringido alcance, esto es, para estructurar con asidero en ella la consumación en concurso efectivo de hechos punibles del hurto perpetrado con ocasión del ilícito despojo del revólver.

En esas condiciones la nulidad propuesta no tiene cabida y, por lo tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

En una misma censura el casacionista afirma la existencia de dos irregularidades vinculadas a la inactividad probatoria de los funcionarios judiciales bajo cuya dirección se adelantó el proceso en primera instancia, pero sin demostrar su realidad y, menos aún,

la trascendencia que tienen en forma individual o en conjunto los elementos de convicción echados de menos para trocar la naturaleza de la sentencia recurrida.

Plantea en ese discurrir argumentativo que no se evacuaron las citas propuestas por el indagado, de las que simplemente asegura resultaban pertinentes para dilucidar la responsabilidad penal en el evento examinado; y frente a ese reproche, dos aspectos deben tenerse en cuenta de antemano pues desvirtúan la firmeza de la pretensión invalidatoria. En primer término, que en el desarrollo de la censura el impugnante omitió precisar los medios de persuasión cuya práctica fue desdeñada en el curso del proceso, explícito señalamiento que se exigía para perfilar en debida forma el cargo formulado; pero primordialmente y, de otra parte, que ese puntual ataque a la legalidad de la actuación cumplida no emerge del todo exacto o carece de la incidencia requerida para propiciar la nulidad, como pasa a demostrarse.

El sindicato BOLAÑOS CASIERRA en la indagatoria rendida en estas diligencias realizó varias citas, es cierto, pero no todas estaban vinculadas a hechos fundamentales, esto es, en relación con la imputación, la culpabilidad, las circunstancias modificadoras de la infracción u otros tópicos esenciales para su defensa, a extremo que el incumplimiento del deber procesal de verificarlas determine la existencia de la anomalía invocada; adversamente, mientras que algunas estaban encaminadas a brindar asidero a la versión explicativa, las restantes aludían simplemente a su conducta social precedente y a la afirmada ocupación lícita para la fecha de los sucesos (fls. 31 a 36).

En el primer grupo se ubican, entonces, las referencias a Wilberto Casierra y a su esposa, con quienes relató había departido minutos antes del incidente concluido con la captura, así como a los habitantes de la vivienda donde se realizó la aprehensión, cuyas versiones se ordenó recaudar, de oficio y a petición de la defensa, tanto en la fase de investigación como en la causa, con resultados parciales que en modo alguno pueden atribuirse a la incuria de los funcionarios judiciales o, en otros términos, a la violación

del debido proceso y del derecho a la defensa como afirma el casacionista, al insinuar el incumplimiento del imperativo de la investigación integral (fls. 41, 106, 111, 237, 256).

Efectivamente, en las diligencias rindió declaración juramentada RUBY DE LA CRUZ DE ARBOLEDA, moradora de la edificación en la que se refugió el acusado (fli. 296); y de las demás personas citadas para dicho efecto, la Jefatura de la Unidad de Policía Judicial comisionada para recibir sus testimonios rindió oportuno informe sobre las causas que determinaron la imposibilidad de obtener su comparecencia, imputables al propio sindicato y al apoderado de entonces, quienes nada hicieron por aportar los datos que permitieran su localización para convocarlos al proceso para dicho fin.

En el reporte aludido se consigna que ante la ausencia en el proceso de las direcciones exactas de esos deponentes, de quienes simplemente se señaló que residían en el barrio La Casona, dado el vínculo de parentesco que los unía con el sindicato se pretendió obtener su comparecencia a través de la esposa de éste LUZ DARY CASTILLO, pero con fallido desenlace, pues de las dos nomenclaturas que registró a su vez el encartado, una se constató inexistente y la restante correspondía a la vivienda de otra familia cuyos integrantes no conocían siquiera al indagado o a su compañera.

Ahora bien, ninguna actividad desplegaron instructor y juzgador con miras a evacuar los testimonios de Hebert Guerrero, Adela Caicedo, Ezequiel N., Juan Carlos N. y Oscar N., igualmente citados por el acusado en la injurada (fl. 36); sin embargo, de tales exponentes se predica idéntica imprecisión del encartado en torno al lugar de eventual ubicación para los fines procesales, frente a la cual en manera alguna podían exigirse esfuerzos descomunales de los funcionarios bajo cuya dirección se adelantó el proceso, pero además, el conocimiento que se pretendía vertieran en las diligencias en nada se vincula con aspectos cruciales para la defensa de BOLAÑOS CASIERRA. De ellos precisó éste, simple y llanamente, insiste la Sala, la posibilidad de que constataran su impoluta conducta social anterior, así como la ocupación lícita desempeñada para la

época de los sucesos.

El casacionista soslaya el alcance de esa clara referencia que fluye de la revisión de la indagatoria tratándose de tales declarantes, para afirmar que sus versiones echadas de menos en el informativo resultaban indispensables en el propósito de desvirtuar la pertenencia del sindicado a una banda delictiva, perdiendo de vista que ese argumento mediante el cual sustenta en buena parte el pedido invalidatorio pierde cualquier atisbo de éxito, porque BOLAÑOS CASIERRA no enfrenta aquí imputación por el punible de concierto, pero principalmente, en virtud de que esa circunstancia insinuada en uno de los informes policiales (fl. 74), en manera alguna fue invocada siquiera en los fallos de primera o segunda instancia para estructurar la responsabilidad penal del procesado.

En fin, desatendió un requerimiento ineludible para la prosperidad de la nulidad del proceso en esta sede como consecuencia de la omisión de pruebas, consistente en demostrar que los medios de persuasión dejados de recaudar durante el trámite respectivo surgen fundamentales para las conclusiones fácticas o jurídicas, a extremo que de haber sido incorporados al plenario excluirían o atenuarían por lo menos la responsabilidad penal pregonada en la sentencia recurrida; exigencia que mal puede asegurarse satisfecha respecto de los testimonios aludidos de prescindida práctica, ajenos por completo, insiste la Sala, al esclarecimiento de los episodios a los cuales se contrajo la presente causa.

Esa trascendencia reflejada en la probabilidad seria de que la prueba de omitido recaudo tenga la capacidad de modificar favorablemente la situación jurídica del sindicado en lo atinente a su responsabilidad o grado de participación, tampoco se evidencia respecto de los otros elementos de juicio igualmente echados de menos por el impugnante, como destacó la Procuraduría Delegada en su concepto y replicó el Tribunal al desatar la apelación interpuesta contra la determinación del a quo, oportunidad en la cual la defensa esbozó argumentos similares a los planteados en esta Sede para

reivindicar desde entonces la anulación del trámite (fls. 8 y 9 cdno. Tribunal Nacional).

Efectivamente, frente a la condena dispuesta en los fallos de primera y segunda instancia, que para este análisis conforman unidad jurídica inescindible, sustentados en el cúmulo de indicios estructurados a partir de las circunstancias que rodearon la captura del sindicado BOLAÑOS CASIERRA, quien para ese momento presentaba herida en uno de sus brazos, de la relación material que se constató ejercía sobre el arma de dotación oficial de uno de los uniformados abatidos, así como de las falacias detectadas en sus descargos, ningún influjo puede concederse para debilitar las conclusiones allí esbozadas en torno al compromiso del justiciable, a los medios de convicción presentados con carácter puramente enunciativo en la demanda, dirigidos algunos a esclarecer aspectos accesorios a los sucesos investigados en autos, en tanto que otro emergía a todas luces impracticables.

Así, ninguna finalidad trascendente se vislumbra respecto a la contundencia de la condena, en las averiguaciones sobre los motivos por los cuales no se llevaron a cabo las pruebas de guantelete y de balística, ésta última sobre el arma incautada bajo la órbita de custodia del implicado; como tampoco en las ampliaciones de los testimonios de los uniformados, cuando el relato sobre la captura del sentenciado y el decomiso del revólver asignado al agente ultimado, que fue el atendido para derivar los indicios de cargo, no le ofrece controversia al recurrente, quien simplemente arguye en esencia que a través de esas pruebas la investigación tendría certidumbre sobre acontecimientos que otros elementos de juicio demostraron en el plenario, como es el caso de las condiciones que rodearon el hallazgo de las armas y del radio de comunicaciones en el lugar del siniestro; finalmente, con la misma nimiedad para resquebrajar los fundamentos de la sentencia adversa al procesado, se tiene la pericia echada de menos para dilucidar el arma con la cual fue lesionado BOLAÑOS CASIERRA, perdiendo de vista el impugnante al elevar el reparo, que la superficialidad de la herida, sin recuperación del proyectil que la había causado, tornaba irrealizable esa prueba técnica.

En síntesis, como no aparece demostrado que de las supuestas deficiencias de la investigación en el plano probatorio devendría consecuencias favorables para el acusado, este otro reparo tampoco está llamado a prosperar.

Tercer Cargo. Causal Primera.

La censura final se hace consistir en el desconocimiento de la prohibición de la *reformatio in pejus* tratándose del sindicado apelante único; y en esa materia, como bien recuerda el Procurador Delegado, la Sala ha reiterado en varias oportunidades, que cuando el juzgador a quo vulnera el principio de legalidad de las penas al proceder a su fijación con desconocimiento de los lindes máximo y mínimo establecidos en las disposiciones infringidas, el juzgador ad quem debe o está obligado de manera válida enmendar la aflicción ilegalmente así señalada, sin que exista en ese evento una transgresión del enunciado principio de traducirse esa corrección en un acrecentamiento de la pena.

Sin embargo, en el presente asunto el problema jurídico se muestra ajeno a ese derrotero de tiempo atrás decantado en la jurisprudencia de la Sala, que parte de una realidad negada por el Agente del Ministerio Público, esto es, de las posibles antinomias entre los principios recogidos en la Carta Política, que a pesar de integrar su texto normativo no concurren siempre de manera armónica y sistemática a regular una específica situación de hecho, de manera que para la resolución de tales conflictos surge necesario establecer criterios de prevalencia entre ellos.

La controversia se centra aquí, por el contrario, en una temática distinta aunque en todo caso igualmente relacionada con el ámbito de aplicación del comentado instituto, concretamente, en las facultades que le asisten al juzgador ad quem para la revisión integral del fallo sometido a consulta por disposición de la ley, cuando paralelamente es objeto del inconformismo del procesado o su defensor; tópico sobre el cual Corporación también asentó el criterio que brinda completa respuesta a las apreciaciones del

recurrente y de la Delegada, razón por la cual baste simplemente reiterarlo ahora:

“Repetidamente ha sido sostenido que el instituto procesal de la consulta no es medio de impugnación o recurso, sino un mecanismo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones judiciales, que opera por ministerio de la ley, que debe cumplir el superior jerárquico de quien la ha proferido.

“A diferencia de los recursos, que son potestativos de los sujetos procesales y se fundan en razones de interés particular, la consulta opera por mandato legal, se apoya en razones de interés general, y es de carácter imperativo, particularidades que hacen que su cumplimiento no pueda dejarse al arbitrio de las partes, ni siquiera de la voluntad del funcionario judicial que ha proferido la decisión.

“A estas diferencias habría que agregar las no menos importantes que en el ámbito de la competencia funcional del superior se presentan, acorde con la naturaleza de cada uno de estos institutos. Mientras en la apelación, la competencia del superior tiene carácter limitado, en cuanto solo puede revisar aquellos aspectos que son objeto de impugnación, en la consulta la competencia es de plena justicia e ilimitada.

“De plena justicia, porque está facultado para examinar la decisión consultada en sus distintos aspectos; ilimitada porque puede revocarla o modificarla en cualquier sentido, sin condicionamientos de índole alguna, aún en disfavor del procesado, según lo establece el artículo 34 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 217 del estatuto procesal, y ha sido declarado en pronunciamientos de exequibilidad por la Corte Constitucional (Cfr. C-583/97, Mg. Pte. Doctor Carlos Gaviria Díaz, entre otras).

“Frente a estas premisas, mal puede compartirse la postura de la abogada demandante, en el sentido de que la simple interposición del recurso de apelación contra una decisión consultable, cualquiera sea el aspecto impugnado, enerva la

posibilidad de que el superior pueda entrar a considerar los aspectos que no han sido objeto de tacha por el apelante.

“No se discute que el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 29 de la ley 81 de 1993, adolece de graves falencias en su redacción, y que si el exégeta aprehende literalmente su texto, necesariamente habría de concluir que cuando se interpone algún recurso contra la decisión consultable, trátase de reposición o apelación – la norma no hace distinciones –, no habría lugar a este grado jurisdiccional. Recuérdese el texto de la disposición:

“Providencias consultables. En los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, son consultables cuando no se interponga recurso alguno, la providencia mediante la cual se ordena la cesación de procedimiento, la preclusión de la investigación, la providencia que ordena la devolución a particulares de bienes del imputado o sindicado presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sea objeto material del mismo y las sentencias que no sean anticipadas” (negrilla fuera de texto)”.

“Lógicamente el aspecto puramente literal no puede ser el único norte en el proceso de interpretación de una norma. También ha de auscultarse la teleología del precepto y el sistema al cual se integra, y en esta medida es claro que la interpretación propuesta por la actora contraviene la naturaleza y razón de ser del instituto de la consulta.

“Ya ha sido dicho, en doctrina reiterada, que este nivel de revisión opera por mandato legal, y que su operancia no puede depender de la voluntad de las partes, de suerte que baste la interposición del recurso de alzada para que el superior deba inhibirse de revisar los aspectos no atacados, quedando circunscrita su competencia funcional al examen de los que lo fueron. Admitirlo, sería entronizar un

mecanismo de burla a la ley, y permitir que el interés general que fundamenta la consulta ceda paso al particular de los sujetos procesales (Cfr. oct.22/97) Mg. Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

“La expresión “son consultables cuando contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación”, utilizada en normatividades anteriores (ley 17 de 1975, art. 1º y Decreto 050 de 1987, art.210), e incorporada hoy con algunas variantes en el texto del artículo 29 de la ley 81 de 1993, tenía entonces razón de ser porque el recurso de apelación otorgaba competencia al ad quem para conocer sin limitaciones de la providencia impugnada (Ley 17 de 1975, art. 3º y Decreto 050 de 1987, art. 538), tornando por contera innecesaria la consulta, e imprimiéndole a ésta un verdadero carácter subsidiario.

“Frente a la normatividad actual, en que el recurso de apelación otorga competencia al superior para decidir únicamente sobre los aspectos impugnados, una consideración de esta índole pierde vigencia, no siendo posible postular que la consulta es subsidiaria de la apelación.

“La supletoriedad del instituto de la consulta ha de ser entendida en relación con los aspectos que no han sido objeto de apelación, y sin que la interposición del recurso comprometa la potestad del ad quem, derivada de la ley, de poder reformar sin limitación alguna la decisión consultada, aún en los aspectos impugnados y en perjuicio del procesado.

“Totalmente equivocado resulta, por consiguiente, impugnar un determinado aspecto de la decisión consultable, en el entendido de que así se impide su examen integral por la segunda instancia, o que de esta manera el procesado en cuyo nombre se apela amparado por el principio de no reformatio in pejus” (sentencia de octubre 21 de 1998, H.MP. Dr. Arboleda Ripoll).

La posición de la Corte Constitucional tratándose del ámbito de la reformatio in pejus frente a las sentencias objeto de consulta al tenor del artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, subrogado por el 35 de la Ley 504 de 1999, como era y es el caso de la sentencia emitida en este proceso de conformidad con las disposiciones citadas, en manera alguna riñe con el criterio reiterado en el presente asunto, como se destacó también en otras de las determinaciones de la Sala a la que conviene hacer exacta referencia:

“Ahora bien, entrando a responder de fondo el tema propuesto se advierte que no le asiste razón al recurrente cuando reprocha al sentenciador de segunda instancia la falta de aplicación del art. 31 de la Carta Política, bajo el entendido de que al procesado no se le podía ser desmejorada su situación por ser apelante único, pues como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, cuando opera el grado jurisdiccional de la consulta el superior funcional puede revisar en su integridad el fallo así haya sido impugnado, pudiendo incluso agravar la situación del procesado recurrente único.

“Este criterio es compartido por la Corte Constitucional y en ese sentido se ha pronunciado en varias oportunidades, entre otras, en la sentencia de tutela 289 de 1994....(sentencia de octubre 27 de 1997, H.MP. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

No sobra agregar, por una parte, que la posición de la Corte Constitucional evocada en los términos transcritos, la ratificó en el fallo de unificación de tutela que el impugnante y la Delegada traen a colación parcialmente y con desviación de su sentido como argumento de autoridad para derivarle unas consecuencias del todo opuestas (sentencia SU - 327 del 27 de julio de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz); por la otra, que en el control constitucional que le es propio, declaró ajustadas a la Carta Política las facultades

ilimitadas conferidas al juzgador ad quem tratándose del grado jurisdiccional de consulta (sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

Así las cosas, esté último cargo tampoco sale avante, en consecuencia, el fallo no se casará.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en desacuerdo con el concepto del Ministerio Público, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada. En firme devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON E. PINILLA PINILLA

Salvamento parcial de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

(Casación 12.741)

Señores Magistrados:

Como anuncié en la Sala respectiva, permítanme salvar parcialmente el voto, porque no estoy de acuerdo con las afirmaciones que se hacen sobre la prohibición de la reformatio in pejus y sobre la prevalencia de la consulta sobre el recurso interpuesto por el procesado como impugnante único. Las razones son las siguientes:

1. Cuando el procesado es recurrente único en materia de apelación y de casación, por ningún motivo es posible empeorar su situación jurídica, por esto:

1.1. El artículo 31-2 de la [Constitución Política](#) establece la prohibición de la reformatio in pejus, como uno de los derechos fundamentales, reconocido a título de principio. Expresamente dice:

“ El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

El C. de P.P. en una de sus normas rectoras, el artículo 17, dispone:

“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

En materia de casación, el artículo 227 del C. de P.P. adhiere al importante principio y acude a la rúbrica o rótulo de principio de no agravación, que describe así:

“Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal, el ministerio público o la parte civil, cuando tuvieren interés, la hubiera

recurrido”.

Es claro, entonces, que la prohibición de la reformatio in pejus cuando el condenado es recurrente único con miras al debate en segunda instancia o en sede de casación, es derecho – principio fundamental -constitucional, norma superior legal que rige el procedimiento y regla que reitera el principio – derecho constitucional. Desde este punto, por donde o desde donde sea vista, la prohibición limita cualquier actuación en su contra.

1.2. Es cierto que la Corte Suprema de Justicia debe velar por la legalidad, por las garantías y por los derechos. Pero también lo es que no todo le puede corresponder a Ella, pues igualmente la Fiscalía y el Ministerio Público, por ejemplo, poseen vocación para buscar otra instancia, otra sede.

1.3. En el asunto que convoca la atención de la Sala, el Tribunal Nacional aumentó la pena impuesta en 1ª. instancia, desacomodando la constitucionalidad porque ello está expresa y genéricamente vetado por la Carta.

1.4. El principio constitucional con rango de derecho fundamental conocido como prohibición de la reformatio in pejus (artículo 31-2), no permite excepciones, como se desprende de su simple literalidad. Y si no las permite, porque ni las expresa ni las insinúa, se revitaliza la máxima antiquísima: Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus: cuando la ley no distingue, tampoco debemos distinguir.

1.5. En esta, y muchas otras decisiones, la Sala mayoritaria da preferencia al principio de legalidad cuando lo parangona con el de la prohibición de la reformatio in pejus. El pensamiento del suscrito es que, de una parte, los principios constitucionales no se encuentran jerarquizados ni se repelen por opuestos antagónicos,

y, de la otra, que hallándose al mismo nivel, ocupando el mismo status, el tratamiento merecido por la legalidad y por la prohibición de la reformatio in pejus es el mismo, como que ambos son principios y no uno de ellos principio -el de legalidad-y el otro -el de prohibición de la reforma in pejus- una mera regla.

Al contrario de lo que se acaba de exponer al inicio del párrafo anterior, los principios se pueden complementar y robustecer, vgr., como ocurre con presunción de inocencia, defensa, cosa juzgada, debido proceso concreto etc., que se auxilian y, entre todos ellos, y otros, conforman el extenso principio conocido como debido proceso amplio.

Salvo muy contadas hipótesis, una característica general de los principios es que admiten excepciones. Así se dice de la cosa juzgada, del non bis in idem, de la defensa letrada, del proceso público, etc. Bien puede afirmarse, entonces, que una excepción a la legalidad como principio es la prohibición de la reformatio in

pejus, excepción tan alta que ha recibido la categoría de derecho y principio constitucional. Esto no es extraño a nuestra normatividad pues, por ejemplo, el principio de favorabilidad -retroactividad, ley intermedia, lex tertia- es una excepción al principio de legalidad en su forma de ley preexistente.

2. También se afirma que cuando la sentencia admite el grado de consulta, el ad-quem puede conocer ilimitadamente, no obstante la interposición del recurso de apelación por el procesado, como único impugnante. A ello, dígase:

2.1. El artículo 31 de la Constitución Política dispone:

“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”.

“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

De aquí resulta:

a) Por la “O”, son fenómenos diferentes y oponibles. Por tanto, si se apela, no procede la consulta; y si se acude a la consulta es porque no se apela.

b) Cuando el inciso 2°. hace la afirmación transcrita, tajantemente está diciendo que el recurso de apelación desplaza toda posibilidad de consulta. Ese es el mensaje lógico si se mira el

origen y la historia del principio de la doble instancia, regido por el interés de quien se siente afectado y no por el ánimo o “interés general”. Bastaría preguntarse, siendo realistas, a quién le interesa, salvo -y en veces- a los protagonistas del conflicto, que abstractamente, en nombre suyo y de todos sus semejantes, el estado-legislativo quiera la protección general. Si ello fuera así, si prevaleciera el interés general sobre el particular, como dice la decisión mayoritaria, le correspondería a la Constitución y a la Ley sencillamente abolir la apelación y disponer, en todo caso, la consulta.

2.2. Se dice que la “primacía del interés general”, sustento de la consulta, es uno de los pilares del Estado Social y Democrático de Derecho. Ello no es tan cierto si se repara el nacimiento de tal filosofía y si se tiene en cuenta que, conforme con su historia, el Estado Social y Democrático sigue siendo “individualista”, en el sentido de que implica e impone un orden de preferencia: el hombre, la sociedad y el Estado. La fórmula Estado Social y Democrático de Derecho no coloca al hombre en el 2°. ni el 3er. sitio. Lo

ubica en el primero y, por consiguiente, el “interés general”, en este tema, tiene que ceder ante el interés particular, sobre todo cuando ese “interés particular”, que engendra un recurso, ha sido reconocido como de rango constitucional, integrante del debido proceso y, por supuesto, con categoría de derecho fundamental. No es pensable, entonces, que un derecho con tales características, sea inferior a un “grado” en pro de un interés general, abstracto, es decir, en aras de un supuesto derecho que es “común” y que aparta, separa al hombre.

En suma, la impugnación que lleva el proceso a la 2ª. instancia y a la Corte, fija una barrera infranqueable al poder del Poder Judicial: este no puede desmejorar la situación del hombre que recurre sólo, pues la prohibición de la reformatio in pejus, como derecho fundamental que es, porta en su naturaleza, como surge del artículo 5º. de la Constitución, su carácter de inalienable.

Si en el asunto que ocupa la atención de la Sala el Tribunal Nacional aumentó la pena de 48 a 55 años de prisión con el argumento de la consulta, siendo el procesado apelante único, no hay duda que vulneró el principio mencionado y, por tanto, se imponía casar en forma parcial la sentencia para retornar, ahí sí, el proceso a la legalidad.

De los señores Magistrados

Seguro Servidor

Alvaro Orlando Pérez Pinzón

