

Proceso No 22323

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 039

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil cinco (2.005).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado FREDY FERNANDO PINZÓN DELGADO contra el fallo de octubre 29 de 2.003, por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó el que dictara el Juzgado 16 Penal del Circuito de la misma ciudad, en enero 27 de dicho año, condenando al acusado en mención a la pena principal de 13 años de prisión así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por lapso de 5 años, al encontrarlo responsable, como autor material, de la comisión del delito de homicidio simple de que fuera víctima Iván Leonardo Riaño.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Aproximadamente a las seis de la mañana del 22 de octubre de 2.000 en el establecimiento La Gran Esquina de la calle 76D Sur No. 74 A Bis 21 de Bogotá, por razón del pago de una botella de aguardiente se suscitó entre Iván Leonardo Riaño y Fredy Fernando Pinzón Delgado una riña dentro de la cual éste le produjo a aquél lesiones

con arma corto punzante que le causaron la muerte.

Informadas las autoridades de tal suceso y dispuesta de inmediato una investigación previa dentro de la cual se recaudó una serie de pruebas que condujeron a ordenar el allanamiento de un inmueble donde se logró la captura de Fredy Fernando Pinzón Delgado cuando pretendía huir, y abierta en consecuencia la instrucción el mismo día de los hechos, fue vinculado mediante indagatoria en esa fecha el aprehendido en cita, siendo afectado -tras el recaudo de más prueba testimonial- en resolución de octubre 27 de 2.000 con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio.

Cerrada la investigación y calificado su mérito con resolución acusatoria del 19 de abril de 2.001 por el referido punible -que la Fiscalía de segunda instancia confirmó a través de la proferida el 8 de junio del mismo año- se adelantó ante el Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá la etapa de juzgamiento que concluyó con la sentencia de enero 27 de 2.003 condenando al procesado Pinzón Delgado a las penas ya reseñadas y que apelada por el defensor fue confirmada por el Tribunal mediante la dictada en fecha y sentido ya precisados y que es ahora materia del recurso extraordinario.

LA DEMANDA:

Un cargo propone el defensor del procesado contra la sentencia impugnada y para ello acude al cuerpo segundo de la causal primera de casación pues en su parecer aquella es indirectamente violatoria de la ley sustancial por errores de hecho derivados de los falsos juicios de identidad y de existencia cometidos por el juzgador que lo condujeron a aplicar indebidamente el artículo 103 del Código Penal y a dejar de aplicar el 6, 7, 9, 10, 11, 12, 29 y 30 del mismo ordenamiento y 7 y 20 del Código de Procedimiento Penal y en cuya ausencia se habría establecido la falta de prueba sobre la responsabilidad de su defendido y reconocido a su favor la presunción de inocencia y consecuentemente la absolución.

La sentencia atacada -afirma el libelista- sustenta la responsabilidad del acusado no en la certeza emanada de las pruebas obrantes en el proceso, sino en una conclusión personalísima e ilógica del juzgador sólo porque el imputado se hallaba en el lugar de los hechos, portaba un arma corto punzante y participó activamente en la riña, pero desconociendo que las pruebas aportadas indican que su intervención se limitó simplemente a lanzar puños y botellas y que nadie lo vio agrediendo al occiso con arma blanca, así como que el dictamen médico legal determinó que las heridas fueron causadas con una navaja 'patecabra' que no era la que tenía consigo el acusado, pero sí otras personas que igualmente participaron en la riña.

Para llegar a una tal conclusión -prosigue el demandante- el Tribunal apreció sesgada y fraccionadamente, incurriendo en un falso juicio de identidad, el testimonio de Johny Gelber Ortiz Iquira pues éste asegura no haber visto que Pinzón haya agredido a Riaño, por manera que su acusación obedeció simplemente a una especulación sin considerar además que con base en este testimonio más personas, diferentes al acusado y a otro individuo, podrían haber estado armadas; o que a pesar de que Pinzón lo estaba y participó en la riña no hizo uso de aquella toda vez que el testigo en mención así lo da a entender al afirmar que dentro del establecimiento no utilizaron armas; o que existe la certeza de que Pinzón no portaba una navaja 'patecabra' sino, como lo precisa el testigo citado, un cuchillo como de 12 centímetros de hoja y unos 10 de cacha y que aquel tipo de arma sí lo portaba un compañero de Fredy.

También -sostiene el censor- incurrió el juzgador en falso juicio de identidad al valorar el testimonio de Stella Azucena Rodríguez Chaguala toda vez que ella asegura como testigo presencial de los hechos que si bien Fredy participó en la riña lo hizo solamente con puños, sin emplear arma blanca y mucho menos sin causar herida con ella a la víctima y que quienes sí lo hicieron con navajas 'patecabra' fueron Leonardo y Yerson. Igualmente tergiversó dicha declaración cuando pone en voces de Fredy una amenaza a la testigo, siendo que quien realmente la profirió fue Yerson.

Del mismo modo se distorsionó el testimonio de John Fredy Espitia Canovas por su apreciación sesgada y fraccionada en tanto él aseguró que quien hirió con arma blanca a la víctima fue la persona que tenía la mano enyesada, refiriéndose con eso sin duda alguna a Yerson.

Finalmente -asevera el recurrente- incurrió el fallador en un falso juicio de existencia al ignorar y definitivamente no apreciar el dictamen médico legal en el que se concluye que las tres heridas fueron causadas con la misma arma o con una de iguales características a la navaja 'patecabra'. De haberla valorado habría concluido que el acusado Pinzón no fue el causante de la muerte porque probado está con el testimonio de Ortiz Iquira que aquél no portaba un arma de tales caracteres sino supuestamente un cuchillo y que en cambio sí lo hacían Yerson y al parecer también Wilson y Tasmania.

Solicita por tanto que como consecuencia de la casación del fallo atacado se dé aplicación a las previsiones pertinentes de los artículos 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Encuentra el Procurador Cuarto Delegado en lo Penal que aunque el demandante no cuestiona la existencia del ilícito sí señala de manera inexplicable la infracción de preceptos referidos a la tipicidad y la antijuridicidad y otros impertinentes como aquellos que definen el principio de igualdad y de legalidad, no obstante lo cual deja en claro que invoca la infracción a la presunción de inocencia por la inexistencia de prueba suficiente de responsabilidad.

En ese orden y sobre la base de que el sentenciador no dudó en manera alguna acerca de que el autor del punible había sido el acusado por haber sido el artífice de la gresca y visto por uno de los empleados del establecimiento portando un cuchillo, cuya inutilización resultaba inviable en las circunstancias del hecho, es claro también que se

calificó de inadmisibles la negativa de algunos testigos en relación con que Fredy Pinzón ultimó a su contrincante y en esa medida ningún crédito se dio a las manifestaciones de Fredy Espitia y Azucena Rodríguez porque al estar probado que lanzaba puños y tenía en su poder un arma blanca no era creíble que no la hubiera utilizado.

Luego -sostiene el Delegado- bajo esa perspectiva el demandante confunde o desconoce la naturaleza de los errores de hecho que denuncia pues, aunque censura al juzgador porque consideró al acusado como autor de la ocisión simplemente porque le resultaba inexplicable que portando un arma no la hubiera utilizado, es lo cierto que de ningún modo se ocupa en acreditar la alteración del contenido material de las declaraciones, sino en insinuar apenas un cuestionamiento al proceso asumido por el sentenciador para llegar a la condena sobre criterios de lógica y experiencia, caso en el cual entonces ha debido alegar otra modalidad de error que tiene que ver con el juicio del fallador, específicamente al falso raciocinio en tanto éste surge del desconocimiento de las reglas aplicables del método de persuasión racional, más aún cuando el censor en evidente demostración del desvío sobre la naturaleza del yerro atribuido al juzgador reprocha también el que éste no haya considerado la posible participación de otras personas igualmente armadas con navajas o que alguien diferente al procesado hubiera eliminado a la víctima, como que tales aspectos no tienen propósito diferente que el de sembrar la incertidumbre sobre la responsabilidad del acusado

pero no el de hacer evidente un defecto en la aprehensión material del medio probatorio.

Por tanto -sostiene el Delegado- la pretensión del demandante al cuestionar la lógica del razonamiento jurisdiccional, la disfrazó bajo el manto de supuestos falsos juicios de identidad que ni siquiera se ocupa de acreditar, sencillamente porque no tuvieron real ocurrencia toda vez que no se puso a los testigos a decir algo diferente de lo declarado, ni se les dio un alcance fáctico del que carecen, a excepción de la amenaza que se lanzó a la testigo Azucena Rodríguez para que no dijera nada de lo que había visto,

caso en el cual se omitió demostrar que fuera esencial o al menos trascendente en la deducción de responsabilidad.

Ahora bien -prosigue el Ministerio Público- de la argumentación expuesta en el fallo se advierte que el juzgador reprodujo las conclusiones del dictamen pericial, pero se sirve de ellas para rechazar el que nada haya tenido que ver el inculcado con la muerte de la víctima, luego es obvio que imposible resultaba postular un falso juicio de existencia.

En definitiva -concluye el Delegado- el casacionista eligió el camino indirecto de la infracción a la presunción de inocencia pero buscando en realidad la revisión de la lógica del juez, sin ocuparse tampoco de demostrar si el razonamiento judicial se hallaba o no conforme con las reglas de la lógica, de la experiencia y del conocimiento científico, por eso -en su concepto- la censura carece de éxito.

Solicita sin embargo, ante la imposición de una pena accesoria de cinco años frente a una principal de 13 se case oficiosamente el fallo por virtud de la infracción en que al principio de legalidad de la pena ha incurrido el sentenciador, pues la interdicción o inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, tanto en la antigua legislación como en la vigente, no podía ser inferior al monto de la pena de prisión a la cual accede sin exceder el máximo legalmente establecido.

Por ello, en ejercicio de su facultad oficiosa la Corte debe ajustar el quantum de la pena accesoria al máximo previsto en el artículo 44 del Decreto Ley 100 de 1.980, esto es de diez años.

CONSIDERACIONES:

Las falencias de orden técnico y de sustentación que evidencia el único reparo propuesto al amparo de la causal primera de casación, por acusarse la sentencia

recurrida indirectamente violatoria de la ley sustancial por tergiversación de los testimonios de Jhony Gelber Ortiz, Azucena Rodríguez y Fredy Espitia (falso juicio de identidad) y falta de apreciación de la prueba técnica (falso juicio de existencia) no pueden sino conducir a su fracaso pues en primer término -como lo releva el Ministerio Público- es manifiesta la imprecisión del censor acerca de las normas que denuncia infringidas toda vez que a pesar de que su planteamiento lo es en punto de la autoría y responsabilidad de su prohijado, excluyendo por tanto cualquier cuestionamiento sobre la existencia del hecho homicida y su contrariedad con el ordenamiento, así como alguno relativo a la validez de lo actuado, es lo cierto que de manera equívoca anuncia infringidos por falta de aplicación los artículos 6º (legalidad), 7º (igualdad), 9º (conducta punible), 10º (tipicidad) y 11 (antijuridicidad) del Código Penal cuando en verdad este reproche en esas condiciones resulta incompatible con un tal planteamiento por suponer él acreditadas la tipicidad y antijuridicidad de la conducta objeto de proceso, así como cumplidos los referidos principios en tanto ningún cargo se propone en aras de denunciar y demostrar su vulneración.

Entendida de todas maneras la censura en el propósito de acreditar los yerros de contemplación de la prueba testimonial y de apreciación de la pericial y cómo en su ausencia la decisión del juzgador habría sido de absolución por ser así forzosa la conclusión de que Fredy Pinzón, aunque estuvo en el lugar de los hechos, portaba un arma cortopunzante y participó activamente en la riña, no le produjo lesión alguna a la víctima ni por ende fue el causante de su deceso, era de esperarse que en cuanto a aquella el casacionista demostrara de qué modo el sentenciador tergiversó o distorsionó el contenido material, bien por adición ora por mutación, de los referidos testimonios y en cuanto a la última (prueba técnica), su real falta de valoración y en todo caso la trascendencia de dichos errores.

Sin embargo, no es esa labor la que emprende el censor pues aunque refiera que el fallador puso a decir a dichos testimonios lo que éstos no declararon, es patente que un tal

cuestionamiento no fue hecho manifiesto por un falso juicio de identidad, como que a pesar de que se atina en transcribir la argumentación del sentenciador en tal respecto, lo cierto es que pretende dársele unos efectos contrarios y obviamente convenientes en el propósito de que se privilegie la credibilidad de aquellas declaraciones que en su concepto favorecen a su prohijado, lo que obviamente no es posible de plantear en esta sede.

En demostración de lo anterior, así se pronunció el a quo: “no se desconoce (sic) las declaraciones de la novia, madre y amigo del sindicado quienes quisieron desvirtuar las pruebas de cargo obrantes en contra del encausado, donde niegan tener relación alguna con el implicado. Presentando contradicción los dos testimonios de Jhon Fredy Espitia y Stella Azucena Rodríguez, encontrándose desvirtuados con los indicios antes señalados”; y así el ad quem: “En primer término, Fredy (Pinzón) señaló que se había retirado del establecimiento, descansaba en la vivienda de su progenitora, pero Stella Azucena, su compañera de tragos esa noche, desvirtúa su dicho al señalar que estuvieron presentes cuando se generó la pelea, incluso expresa que se suscitó por el pago de una botella de aguardiente, hecho que igualmente ratifica Ortiz Iquira, quien atendía el bar; agregó la deponente, que Fredy (Pinzón) participó en la lid, según su dicho, lanzando golpes y defendiéndose de los que recibió por parte del occiso y sus amigos.

“Afirmó Stella Azucena -prosigue el Tribunal- que Fredy no portaba armas, pero Ortiz Iquira refiere que vio en sus manos un cuchillo, y el mismo procesado señala que Leonardo (el occiso), le puso uno en el pecho en señal de amenaza, para que no se involucrara en los sucesos, pero no resulta creíble es que hubiere permanecido quieto, exhibiendo este elemento en su pecho, mientras recibía golpes y a la vez los devolvía; de ahí que acertadamente el a quo haya deducido la presencia activa de Fredy y ser portador de un arma blanca en el sitio de los acontecimientos.

“Entonces, no hay duda al respecto, diferente es que los testigos relacionados, pese conocer lo acontecido, en su afán de no involucrarse demasiado y menos emitir juicios de responsabilidad, en cada una de sus respuestas generen contradicción, pero no por ello se desestiman las circunstancias de responsabilidad endilgables al procesado.

“Los testigos presenciales -concluye el ad quem- insisten en citar que Fredy Pinzón Delgado no ultimó a Iván Leonardo, situación para esta Corporación inadmisibles, pues si en efecto, participó activamente lanzando puños, no hay explicación válida para asegurar que teniendo en su poder un arma blanca, no la hubiere utilizado, ni surge explicación lógica de cómo los tiraba, sin manipular simultáneamente sus manos;...”.

Lo que se infiere entonces de la anterior transcripción -a contrario de lo advertido por el censor- es que el juzgador sí apreció los testimonios referidos en su real contenido, sin trocar las declaraciones en ellos hechas, sólo que, privilegiando el valor de otras pruebas -en este caso la indiciaria- estimó que aquellos eran inadmisibles en su pretensión de señalar a Fredy Pinzón como ajeno al fallecimiento de Leonardo Riaño, por eso desechó toda aseveración que testimonialmente mostrara al acusado como inocente de la conducta a él imputada y para ello se valió no sólo de las contradicciones en que incurrieron los testigos, sino además de la prueba circunstancial que acreditando la presencia del imputado en el lugar del delito (hecho que inclusive éste pretendió evadir), la posesión de un arma cortopunzante y su participación activa en la reyerta recibiendo y lanzando puños, lo condujeron a inferir con certeza que, a pesar de lo dicho por los citados testigos, Pinzón sí causó a Leonardo con arma blanca las heridas que finalmente le causaron la muerte, conclusión a la que llegó por elaboración de un razonamiento sustentado en la lógica y la experiencia en tanto resultaba incomprensible que estando el procesado en el lugar de los hechos, portando un arma cortopunzante, recibiendo y dando golpes no fuera a utilizar dicho elemento letal.

Por tanto, no incurrió el fallador en error de contemplación de la prueba testimonial

enunciada por el casacionista, pues es claro que -por lo transcrito- asumió su cabal contenido sin distorsionarlo pero le negó credibilidad.

Diferente es que (como pareció barruntarlo el demandante pero sin desarrollarlo de ninguna manera al afirmar en comienzo que la sentencia atacada sustenta la responsabilidad del acusado no en la certeza emanada de las pruebas obrantes en el proceso, sino en una conclusión personalísima e ilógica del juzgador sólo porque el imputado se hallaba en el lugar de los hechos, portaba un arma corto punzante y participó activamente en la riña) eventualmente el yerro se hubiera cometido en el proceso intelectual que llevó al funcionario judicial a inferir la responsabilidad a partir de dichas circunstancias, o en la valoración misma de la prueba indiciaria, caso en el cual resulta ostensible la equivocación del censor pues antes que postular unos falsos juicios de identidad que -como se vio- ciertamente no existieron, le correspondía cuestionar la inferencia del juzgador a partir de dichos indicios y demostrar por la vía adecuada la falencia en que al construirla incurrió el sentenciador, máxime que -como lo resalta el Ministerio Público- la real pretensión de la censura fue cuestionar la lógica del juzgador, pero sin demostrar a qué principio de ella faltó como para hacer evidente de algún modo el falso raciocinio que así le correspondía postular.

Mucho menos tuvo ocurrencia el falso juicio de existencia que se denuncia en relación con el dictamen que el Instituto de Medicina Legal rindió el 10 de septiembre de 2.001 toda vez que el ad quem no sólo lo valoró, sino que además transcribió sus conclusiones para servirse de ellas en aras de su reiterada deducción acerca de que, no obstante lo dictaminado, no le resultaba admisible la hipótesis de ajenidad del procesado cuando en contrario se hallaba demostrado el porte de arma corto punzante al momento de los luctuosos hechos.

Por eso, ante la inexistencia de los errores que se denuncian, el único cargo propuesto debe desestimarse.

Casación oficiosa:

Habiéndose en las instancias condenado a Pinzón Delgado a la pena accesoria de interdicción o inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de cinco años en relación con una principal de 13 y solicitado por ello el Ministerio Público que la Sala haga uso de su facultad oficiosa para que restablezca el principio de legalidad de la pena así quebrantado, encuéntrase sin embargo improcedente tal ejercicio frente a un replanteamiento de la solución que la Corte ha venido adoptando en torno al conflicto que se suscita entre el citado axioma y la prohibición de reforma peyorativa.

En efecto, bajo el entendido que el principio de legalidad de la pena constituye una garantía para el procesado pero también para la sociedad, que implica la posibilidad de imponer sólo aquellas sanciones que el legislador haya establecido previamente a la comisión de la conducta punible, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados por él mismo y a la vez la imposibilidad de irrogar penas según el arbitrio judicial con inobservancia de los parámetros legales y quebranto a la igualdad y a la seguridad jurídica y dada su constitucionalización, era claro para la Sala mayoritaria que “la garantía fundamental que implica el principio de legalidad (C.P. art. 29) no se puede agotar en la recortada perspectiva de la ‘protección del procesado’ en un evento determinado, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley penal a fin de que el Estado (a través de los funcionarios que aplican la ley, esto es, los jueces) no pueda sustraerse de los marcos básicos (mínimo y máximo) de la pena declarada por el legislador para cada tipo penal o para cada clase de hecho punible.

Pues, “grave perjuicio a la igualdad de todos ante la ley penal (nuclear en el Estado de Derecho) se originaría de admitir que por la vía particular de la sentencia, un sujeto de derecho pudiese recibir penas más allá de los límites máximos dispuestos por el legislador, o que estén por debajo de sus límites mínimos, o no consagradas en ley. De ahí que se acuda al principio de coexistencia de las disposiciones constitucionales para intentar un

marco de aplicación que no sacrifique ninguna de las garantías (legalidad de la pena y exclusión de reformatio in pejus) en detrimento de la otra, y que de paso tampoco desconozca principios, valores y derechos también fundamentales como los de separación de poderes (arts. 1 y 113 C.P.) sometimiento del juez al imperio de la ley (entendiendo en ella a la Constitución misma), (arts. 4 y 230 C.P.) primacía y aplicación inmediata de los derechos fundamentales (arts. 84, 93 y 94 C.P.) y reserva del legislador para la expedición de códigos (arts. 28 y 150 C.P) entre otros” (Sentencia de octubre 28 de 1.997, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

Por eso comprendía la Sala en forma mayoritaria que irrogar una pena inexistente, pero también dejar de aplicar la prevista por el legislador, o imponerla por exceso o por defecto sin advertir los parámetros legales, conllevaba indudablemente una infracción al principio de legalidad que el superior funcional de quien la impuso, la omitió o la fijó por fuera de los límites prefijados en la ley, podía y debía -oficiosamente- corregir ajustando la sanción al precepto o preceptos que con antelación a la comisión de la ilicitud la preveían.

Una tal situación ha conducido a observar la conjugación o concurrencia de dos garantías superiores que muestran una tensión a la hora de valorar su aplicación; de un lado, el principio de legalidad de la pena, y -de otro- el de la prohibición de agravarla en las condiciones del artículo 31 de la Carta, respecto de los cuales la Sala de Casación se inclinaba por dar prelación al primero de los mencionados bajo el entendido que la limitante sólo puede operar respecto de una pena legalmente señalada e impuesta. Sin embargo, no hay duda que la nueva visión del instituto por parte de la Corporación también debe aparejar la expresión de un argumento en contra de lo que se venía sosteniendo.

En efecto, aparte de que un incremento de la pena impuesta a quien luego se convierte en apelante único constituye un evidente sorprendimiento, respecto del cual ningún reclamo medió ante el superior que conoce de la apelación; y asimismo que emerge como

un factor de incompetencia predicable del ad quem, sobre todo cuando ese aspecto no ha sido materia de discusión en el recurso, para la Sala es claro -además- que una decisión en esa dirección por parte del superior no hace más que reconocer que por intermedio de quien lo representa -que no es otro distinto al juez inferior- el Estado ha cometido un error, siendo palmario, igualmente, que en un evento tal la carga de la corrección comporta un ingrediente peyorativo que vendría a recaer con exclusividad en hombros del condenado como único recurrente, quien -como se insistirá- jamás aspiró a la hora de impugnar hallarse frente a una respuesta o una situación más grave que la resuelta en primera instancia. En este sentido ha dicho -con razón- la Corte Constitucional:

“La tensión entre la no reformatio in pejus y el principio de legalidad se pondera de tal manera que se da prelación al primero sobre el segundo: Al condenado no se lo puede hacer víctima de los errores cometidos por los agentes estatales al momento de la imposición de la pena, mucho más si en el proceso existen mecanismos que permitían ajustar la pena a la ley sin menoscabar los derechos fundamentales del sentenciado” (T-1186/03 MP Dr Jaime Córdoba Triviño).

No puede desconocerse que la prohibición a la reformatio in pejus se nutre de todos los ingredientes propios de una garantía fundamental y que -en esa calidad- hace parte del debido proceso, sin que su pleno reconocimiento deba ceder ante otro derecho constitucional como el de legalidad, en la medida en que la preservación de éste trae aparejados sus propios mecanismos de garantía, como son -de una parte- los medios de impugnación y -de otra- plurales sujetos procesales por cuya actividad, presencia y compromiso, a través de la activación de aquéllos, pueden evitar la vulneración de la mencionada garantía fundamental.

Ahora bien, una comprensión que se acople a un sistema de tendencia acusatoria como el establecido en la Ley 600 de 2.000, un examen del principio de no agravación que prevé el artículo 215 de la misma y un análisis de la limitación de la casación y de la oficiosidad

que se le faculta a la Corte no pueden sino conducir a replantear tal posición en aras de modular y acompasar la aplicación de los principios de legalidad y el de la prohibición a la reforma en perjuicio

En efecto, al adoptarse por nuestro legislador el sistema penal con tendencia acusatoria y separarse por ello las esenciales funciones de acusación y juzgamiento, radicando aquélla y la de investigación en cabeza de la Fiscalía, de modo que el juzgador pasó a ocupar su papel por naturaleza de imparcialidad e independencia desprendiéndose por tanto de muchas de las atribuciones que le correspondían aún de oficio en el sistema inquisitivo que venía rigiendo, es patente que al ente investigador no sólo por virtud de la carga de la prueba que la ley le ha deferido (artículo 234 ídem), le concierne en tanto sujeto procesal representar en la etapa de juzgamiento el interés del Estado por sancionar al infractor penal.

En ese orden, cuando una sentencia amenaza o infringe el ordenamiento legal en desmedro de los intereses del Estado o de la sociedad misma, es a la Fiscalía o al Ministerio Público a quienes atañe la restauración del régimen legal vulnerado por vía del ejercicio de los correspondientes medios de impugnación, ordinarios o extraordinarios, sin que le sea dable al juez -a riesgo de derruir la estructura del sistema- asumir oficiosamente las labores que sólo a aquellos conciernen.

Por eso, si a pesar de la ilegalidad que pueda comportar un fallo, ni la Fiscalía, ni el Ministerio Público en cuanto defensor del “orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales” (artículo 122 ibídem), acuden a los medios previstos por el ordenamiento para evitar dicho atentado, no puede tal omisión sino significar su asentimiento con aquél y la renuncia a que el Estado examine su propia decisión, de manera que aún hipotéticamente en el caso de que ninguno de los sujetos procesales recurriera la sentencia del a quo, con todas las falencias que pueda acusar ella haría tránsito a cosa juzgada. Al respecto anota la Corte Constitucional:

“...la defensa del interés público y la preservación del principio de legalidad, no radica en cabeza del condenado ni le corresponde a éste asumir su carga. De acuerdo con lo establecido en la Constitución y las leyes, es el propio Estado, a través del Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación, el llamado a proteger y garantizar la efectividad de los derechos, valores e intereses de la comunidad -frente a las actuaciones judiciales- debiendo cumplir su función dentro de los términos y condiciones previamente establecidos por el ordenamiento jurídico, evitando con ello que su inactividad o tardía participación pueda afectar el núcleo esencial de otras garantías constitucionales de alcance individual y subjetivo como es la prevista en el artículo 31-2 Superior. (Sent T-082/02 MP Dr Rodrigo Escobar Gil).

Ahora bien, el principio de no agravación o de no reforma en perjuicio, que en términos idénticos se concibe para la apelación y la casación (artículos 204 y 215 de la Ley 600 de 2.000), como la imposibilidad, cuando se trate de sentencia condenatoria, de “agravar la pena impuesta, salvo que el Fiscal, el Ministerio Público o la parte civil, cuando tuviere interés, la hubieren demandado”, implica que cuando aquél o éste sean formulados exclusivamente por el procesado condenado o su defensor, el ad quem, ni la Corte -respectivamente- podrán agravar la situación del recurrente aumentando la pena impuesta por el a quo o el juzgador de segunda instancia según se trate de la alzada o del recurso extraordinario.

La situación del apelante único por tanto podrá mejorarse pero jamás hacerse más gravosa, pues es apenas obvio y el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal prevé como uno de los fines de la casación (“reparación de los agravios inferidos a las partes”), que los recursos se entienden interpuestos en aquello que de la providencia recurrida le sea desfavorable al impugnante. Es que los recursos como medios procesales de defensa se proponen no para que al recurrente se le desfavorezca sino para controvertir los fundamentos en que se apoya la decisión en aras de que su situación jurídica -si no consigue que la medida judicial que lo afecta sea revocada- se vea

por lo menos favorecida.

No resulta en consecuencia lógico en ese contexto que al condenado como apelante único que pretende su absolución o una más benéfica situación, le sea finalmente agravada cuando evidentemente ese no era su objetivo ni ese es el propósito de los medios de impugnación en general.

Ni siquiera bajo el uso de la oficiosidad de la que se faculta a la Corte respecto de la protección de garantías fundamentales puede agravarse la situación del condenado recurrente único, si en cuenta se tiene que una correcta armonización de aquélla con el principio de no agravación autoriza la actuación oficiosa sólo en la medida en que ella conduzca a favorecer la situación del procesado como exclusivo impugnante; lo contrario sería desnaturalizar no sólo la estructura de un sistema de tendencia acusatoria, sino también el objeto de los recursos, al punto que en últimas su ejercicio podría implicar un desmedro para el procesado que en manera alguna lo buscaba.

Asimismo, quiere la Sala dejar en claro -en dirección a mantener con eficacia la facultad oficiosa de preservación de las garantías fundamentales- que el decreto de nulidad de una parte de la actuación que incluya la sentencia condenatoria recurrida por el condenado como impugnante único no puede comportar jamás un efecto violador de la prohibición a la reforma peyorativa en el caso en que corregido el vicio, esto es, repuesta la irregularidad, la nueva sentencia contenga decisiones o aspectos más gravosos que los incluidos en el fallo que fue objeto de invalidación.

Y no se le puede imputar un tal desconocimiento de la garantía superior no sólo por cuanto desde el punto de vista jurídico la nueva sentencia es la única vigente en la actuación (dado el desaparecimiento de los efectos procesales del fallo invalidado), sino también porque ni siquiera permite tenersele a éste como un simple referente de comparación para determinar si la sentencia postrera es más o menos gravosa que la

inicial. Es obvio que lo inexistente no sirve como parámetro comparativo.

Pero es que además de la reseñada ineficacia jurídica, la sentencia final es emitida por la primera instancia, siendo tan cierto lo pregonado que resulta procedente contra ella el recurso de apelación. Súmase a lo anterior que la limitante a la reformatio in pejus se predica y se exige es de la segunda instancia y en aquel caso ésta aún no ha actuado cuando se emite el nuevo pronunciamiento.

Así las cosas, la Sala variará su tradicional y mayoritaria posición para adoptar la tesis explicada a lo largo de esta providencia, esto es, la del respeto pleno de la prohibición a la reforma en peor cuando el condenado sea recurrente único, desde luego que conservando plena validez y aplicabilidad la amplitud que de este concepto ha adoptado la jurisprudencia, conforme se explicaba folios atrás. Del mismo modo advierte la Corporación de manera expresa que el anunciado cambio de rumbo ha de entenderse realizado -porque ese es el contexto dentro del cual se adopta- dentro del marco del sistema seguido por la Ley 600 de 2000.

Ahora bien, y como un apuntalamiento a los razonamientos y conclusiones tomados en los folios que preceden, o -si se quiere- como un refuerzo a la nueva tendencia doctrinaria de la Sala -como que así se robustece la razón de ser de tal actitud- bien vale la pena otear las previsiones normativas del nuevo estatuto procesal de cara al tema materia de discusión. Al respecto adviértase cómo ha sido tradicional desde la consagración constitucional expresa de la limitante a la reformatio in pejus que ésta tenga operatividad respecto de sentencias condenatorias con el condenado como apelante único de por medio, entendiendo a éste no referido a número sino valorado dentro del concepto de sujeto procesal y -aún más allá- bajo el acompañamiento o concurrencia de otro sujeto procesal con idéntico interés, no hay duda que la nueva legislación gradualmente vigente en el país (art. 20 L 906/04) amplía mucho más el espectro y alcance de la prohibición para recoger alrededor de sí a todos los intervinientes en la

actuación cuando tengan la calidad de único recurrente vertical.

En efecto, un sencillo análisis comparativo al rompe deja al descubierto que el reseñado dispositivo legal (“El superior no podrá agravar la situación del apelante único”) trasciende los límites de la garantía fundamental reglada por el inciso 2o del artículo 31 de la Carta (“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”), sin que a tal previsión legislativa se le puedan imputar efectos violadores del mencionado límite al ius puniendi, dado que frente al poder de configuración del legislador una regulación como la comentada perfectamente armoniza o articula aquella limitante con la asignación de competencia del ad quem, en este caso para restringirla, pero siempre guiado o con atención a la filosofía propia de la interposición del recurso, al cual se acude -como se dejó dicho- bajo el ideal de mejoría, pero nunca con la aspiración de recibir una respuesta más gravosa, pues de así ocurrir -entre cosas- en una tal situación se predicaría ausencia de interés para recurrir.

Así las cosas, no es difícil distinguir cuáles son las diferencias esenciales entre uno y otro texto, así como la efectiva protección que para los diversos intervinientes en el proceso emana de las referidas garantías. A ese efecto ha de recordarse que ha sido la jurisprudencia la abanderada de precisar el alcance de la protección constitucional, como que plurales han sido los pronunciamientos relativos a que ésta hace referencia: i) a la sentencia, con lo cual ha descartado que la prohibición opere respecto de interlocutorios (cfr sent. marzo 25/04 MP Dr Jorge Aníbal Gómez G, Rad 20398); ii) a que aquella providencia sea de naturaleza condenatoria, esto es, que contenga la imposición de una pena o de una medida de seguridad, o por vía excepcional que sea absolutoria (cfr sent. junio 12/03 MP Dr Herman Galán C; Rad 15564); iii) a que la sentencia sea apelada por el condenado y que éste tenga la calidad de recurrente único (cfr sent. marzo 10/93); iv) a que el concepto de apelante único se maneje no como categoría de número, sino de sujeto procesal, para darles así cabida bajo un mismo

ropaje a todos los sindicatos y defensores; v) a que aún se mantenga la condición de único cuando además del condenado apele otro sujeto procesal con idéntico interés a aquél (cfr sent. oct. 6/04 MP Dr Sigifredo Espinosa P); y, vi) a que por pena se entiendan las sanciones principales, accesorias y subrogados (cfr sent. julio 22/92 MP Dr Guillermo Duque Ruiz; oct. 3/94 MP Dr Jorge E. Valencia).

Así entonces, como no resulta difícil colegirlo, la novedosa regulación legal -mucho más generosa en su alcance protector- ya no limita el campo de la prohibición sólo a la sentencia, al condenado y a la pena (todas ellas originadas en un fallo de responsabilidad penal), sino que lo extiende a cualquier providencia susceptible del recurso vertical y además a cualquier sujeto procesal bajo la condición que ostente la calidad de apelante único.

Lo anterior significa que -desde luego con respeto al marco de la competencia, fijada a la postre por lo que es materia del recurso impulsado por el interés jurídico para recurrir- la novel regulación ha concebido y estructurado un más amplio mecanismo, cuyos alcances buscan servir de protección de las garantías e intereses del apelante a través de la fijación de una limitación a la competencia de la segunda instancia, lo que equivale a decir que al ad quem le queda restringida o limitada su facultad de decisión en todo caso de apelante único, pudiendo máximo -dentro de una perspectiva de modificar en perjuicio la providencia recurrida- confirmar el pronunciamiento de primera instancia, manteniendo sí -obviamente- la capacidad para revocarla o morigerar sus efectos. En esa misma dirección se ha pronunciado la Corte Constitucional:

“La prohibición de la “reformatio in peius” o reforma peyorativa es un principio general del derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (CP art. 29). Ella es consecuencia de la regla ínsita en la máxima latina “tantum devolutum quantum appellatum”, en virtud de la cual se ejerce la competencia del juez superior. El ejercicio de las competencias judiciales radicadas en

el juez superior y su límite, ambos, se suscitan y a la vez se limitan por virtud de la impugnación y las pretensiones que ella involucra” (T-474/92 citada en T-1223/01).

No hay duda que con la aplicación -en toda su dimensión- de tal dispositivo se recupera en su máxima expresión lo que tradicionalmente se ha entendido como propósito u objetivo de una apelación: buscar mejoría respecto de la situación definida por la instancia inferior, teleología que ha de entenderse previamente asegurada -o por lo menos garantizada- cuando la impugnación de la respectiva providencia tenga origen en el sujeto procesal que es afectado y en nadie más, salvo cuando la coadyuvancia en la apelación por parte de otro interviniente muestre identidad de interés, tal como se maneja actualmente el concepto de apelante único frente a la manifestación de varios sujetos procesales, según se dijo antes y conforme lo ha entendido pacíficamente la doctrina de esta Sala.

En esas condiciones, entonces, con la nueva regulación normativa (para manejar algunas de muchas hipótesis) bien podrá un sindicado que es afectado con resolución acusatoria por homicidio simple en estado de ira -así calificado por el a quo- acudir en apelación en la búsqueda de una favorable preclusión con la absoluta tranquilidad que en el peor de los casos la calificación será mantenida por la segunda instancia, como que para ésta resulta imposible desmejorar la situación procesal, no obstante contar -en ese caso y en virtud de las normas anteriores- con la competencia plena para aplicar la reformatio in pejus. Frente al artículo 20 de la Ley 906 de 2004, esa eventual agravación es un imposible jurídico.

Asimismo, igualmente imposibilitada se verá la segunda instancia para disminuir el valor de los perjuicios decretados cuando la parte civil -en la pretensión de un aumento- como apelante único haya recurrido ese aspecto de la condena.

Igual prédica de inhabilidad para el ad quem cabría frente a una medida de

aseguramiento apelada exclusivamente por el sindicato buscando su revocatoria, en cuanto que el superior se vería impedido para imputar una circunstancia de agravación no tomada en cuenta por el a quo, como que con su inclusión una eventual pena se agravaría, como ocurriría con la medida impuesta por un homicidio simple o por un hurto agravado que se convirtieran -como fruto del recurso- en agravado o calificado, respectivamente. No hay duda que en tales hipótesis la 'situación' procesal se agravaría.

Del mismo modo cabe recordar que para que una reforma de tal naturaleza pueda ser incluida en una decisión de segunda instancia el funcionario que resuelve el recurso ha de contar con capacidad legal para emitir el pronunciamiento, esto es, que independientemente de la competencia funcional que le otorga la ley -además- la materia o el objeto del recurso (de la mano del interés para recurrir) le permita penetrar al interior del específico asunto y a los temas inescindiblemente ligados con aquéllos, tal como en plurales ocasiones lo ha predicado la Sala. Por ejemplo en la sentencia de casación de octubre 6 de 2004 precisó:

“En otro lenguaje expresado, si por ejemplo, el condenado apela la sentencia, y el representante de la parte civil también lo hace, pero concretando su aspiración de modo exclusivo al monto de los perjuicios, el superior no tiene competencia para entrar a revisar la pena que le fue impuesta a aquél con el fin de incrementársela, porque respecto de este punto el apoderado de la parte civil no hizo explícita inconformidad alguna, de modo que si el funcionario ad quem, no obstante esto, agrava la punibilidad, desconoce la garantía porque en torno a la sanción aflictiva el procesado continúa con el carácter de apelante único” (MP Dr Sigifredo Espinosa P. Rad 19971).

De otro lado, también la Corte había señalado:

“En tales condiciones, como fue esta última la situación que se presentó en este caso,

el cargo debe prosperar, como lo concluye la procuradora, pues no puede desconocerse que el Fiscal ad quem no estaba habilitado para revisar sin limitación alguna la situación del único apelante, sino que su competencia se hallaba restringida por el interés del mismo, en su potestad para impugnar todos aquellos aspectos que le eran desfavorables” (Sent. marzo 25/04 MP Dr Jorge Aníbal Gómez G. Rad 20398).

Y precisando aún más el alcance de la competencia de la segunda instancia frente a la apelación la Corte ha sostenido:

“Estos aspectos o asuntos objeto de la impugnación la Sala entiende que vinculan con el interés jurídico del recurrente y no porque hagan parte o sean el fundamento de su sustentación, lo cual quiere significar que no es el motivo expuesto y alegado en la apelación el que le confiere la competencia al superior, sino sólo aquel o aquellos que legitiman a la parte para recurrir.

Por consiguiente, si el agravio que infiere la decisión judicial a la parte es la causa del interés jurídico que la legitima para impugnarla, es indispensable determinar si existe el nexo necesario entre aquel y el contenido de la sustentación para establecer el interés jurídico del sujeto para recurrirla, siendo preciso para el funcionario señalar -cuando son varios- los puntos respecto de los cuales procede el recurso y de los que debe declarar su improcedencia por carencia de ese interés.

Lo dicho por la Sala no se opone al texto legal, pues la legitimación para recurrir la providencia judicial que causa agravio, no extiende la competencia del superior más allá del interés jurídico de la parte, como tampoco convalida ni faculta al sujeto procesal habilitado para impugnar aquellos asuntos que no guardan relación con ese interés”. (Sent.mayo 12/04 MP Dr Alfredo Gómez Quintero. Rad 20078)

Así las cosas, indiscutible resulta que -en cuanto a la regulación de la prohibición a la reformatio in pejus- la nueva normatividad legal (art. 20 Ley 906/04) se ofrece

indiscutiblemente más generosa en su cobertura, no sólo en cuanto que cobija todas las providencias apelables sino también a todos los intervinientes en la actuación, en la medida en que ostenten la calidad de apelantes únicos, a diferencia de lo que ocurre con la aplicación escueta del artículo 31 de la Carta o aún del que pareciera amplio artículo 204 de la Ley 600/00. De esta manera, en razón a ese vasto campo de acción puede pregonarse que la nueva normatividad es más favorable que la regulación normativa de la mencionada Ley 600.

Así, finalmente, en este asunto, el objetivo del recurso extraordinario a través de la proposición de diversos errores era el de obtener a la postre la absolución del procesado, pero a cambio de ello y en contra de la esencia de los medios de impugnación, se terminaría ilógicamente -de aceptar la petición condicionada del Ministerio Público- por agravar la sanción impuesta al procesado que fue exclusivo recurrente.

El principio de no agravación inhibe en casos como el examinado la oficiosidad de la Corte, como que ella sólo sería plausible en la medida en que su propósito fuera el de mejorar la situación del procesado en tanto se trate de único impugnante.

En consecuencia, ni por virtud de la demanda examinada, ni por razón de la petición del Ministerio Público para que la Sala haga uso de su facultad oficiosa, la sentencia impugnada será casada.

En razón y mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Salvamento parcial de voto Aclaración de voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aclaración de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

Aclaración de voto

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

A pesar de respaldar la decisión que por mayoría se adoptó, me veo precisado a plantear algunas matizaciones al voto emitido pues no obstante haberlas presentado en los correspondientes debates orales de Sala, no fueron razonablemente acogidas en las consideraciones:

1. La evolución del Estado de Derecho ha superado varias etapas, conociéndose la inicial como liberal, cuna de los derechos fundamentales de primera generación, los individuales (civiles y políticos) y cuyo principal

valor es la libertad. Lo sigue el Estado Social de Derecho, que auspicia los derechos esenciales de segunda generación, los económicos, culturales y sociales, y su valor más destacado es la igualdad. Luego aparece, a partir de la Segunda Guerra Mundial, el Estado Social y Democrático de Derecho, con los derechos de tercera generación, los colectivos (la paz, el medio ambiente, el derecho al desarrollo, a la autonomía y a la independencia de los pueblos), cuyos valores estelares son el pluralismo político y la participación democrática de todos, especialmente en los asuntos de su incumbencia.

Y, en su fase última se tiene como nuevo paradigma jurídico, el Estado Constitucional de Derecho propio de esta época de posmodernidad, que supera el legalismo formal y humaniza el ordenamiento jurídico llenándolo de valores, principios y derechos integrados en las Constituciones Políticas como parte dogmática, en la que a partir de la señalada segunda etapa, involucra también deberes, Código Político que significa la premisa capital de la nueva legitimidad que le otorga, en consecuencia, supremacía sustantiva y formal, y que implica, al fin y al cabo, el gobierno por medio del derecho.

2. Todas esas categorías y virtudes las recoge la Carta Política colombiana, a raíz de lo cual puede llamarse una Constitución de valores, y que no puede ser interpretada a través de cánones hermenéuticos que la dogmática señaló para el entendimiento tradicional del derecho positivo sino por medio de la argumentación persuasiva, razonable y ponderada en el balance de ellos, método característico del nuevo raciocinio jurídico por medio del cual se ha de buscar la armonía de los derechos fundamentales en conflicto conjugándolos con sujeción a la finalidad presente en cada uno. O mejor: sin despreciar la exégesis, la subsunción y la resolución de antinomias, de la lógica, de los anales y de la comparación, el jurista constitucional debe estar atento a lo que fluye del contexto valoral de la Constitución, haciendo cohabitar los derechos esenciales en disputa con prevalencia de aquel que tenga núcleo esencial más fuerte.

3. Esta novedosa perspectiva tiene sus principales manifestaciones en la constitucionalización del Derecho y de la función judicial; en el derecho constitucional procesal, que encuentra en la sentencia constitucional la posibilidad del legislador negativo, y en el derecho procesal constitucional que, en mi entender, en el caso nacional tiene sus más resonantes manifestaciones en la consagración expresa del juez de control de garantías (calidad que asume todo juez) y la finalidad de la casación para proteger garantías fundamentales de todas las partes e intervinientes en el proceso penal que ha llevado a la adopción de figuras de tanta raigambre democrática como la casación excepcional y la de oficio, tareas que encuentran en los principios de proporcionalidad, razonabilidad y de ponderación los parámetros objetivos de constitucionalidad para su legitimación, pues la construcción del Estado constitucional de Derecho no se puede soportar en una aplicación arbitraria del Derecho por parte de los jueces.

4. Este principio de proporcionalidad resulta de máxima importancia jurisprudencial para armonizar bienes y derechos Constitucionales en colisión, sobre todo cuando se planteen problemas de igualdad real ante la ley y de justicia material (dogmática de las consecuencias), y para justificar los límites que se imponen a algunos derechos fundamentales no absolutos, como el de la libertad personal, y para dirimir la tensión existente en el seno del proceso penal especialmente cuando imputado y víctima invocan en defensa de sus respectivos derechos normas y principios cuyo reconocimiento a favor de uno implica la afectación o restricción de los que están en cabeza del restante, además de los superiores de la sociedad para cuyo resguardo se perpetuó el ministerio público en el proceso penal nacional.

5. El derecho penal se funda en el respeto a la dignidad humana con una triple implicación: a) protección de los bienes jurídicos fundamentales de las personas, la sociedad y la organización política; b) protección de las víctimas; y c) protección de los derechos fundamentales del inculcado¹. El Tribunal Constitucional dijo:

“En cumplimiento de las finalidades que le han sido asignadas –entre las cuales se encuentran, según nuestra Constitución, la de realizar un orden político, económico y social justo, la de asegurar a los integrantes de la comunidad una pacífica convivencia y la de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades- el Estado goza del llamado *ius puniendi*, en cuya virtud corresponde a sus autoridades imponer los castigos previstos en la ley a los miembros de la sociedad que infringen sus preceptos. Ejerce, pues, una potestad sancionatoria cuyos efectos están llamados a cumplir una función de interés colectivo.

El poder estatal en esa materia, cuya realización apareja consecuencias que en concreto afectan derechos de las personas –como la libertad, el trabajo, la honra y el buen nombre-, es legítimo únicamente en la medida en que se ajuste a los límites y condiciones impuestos a la autoridad que lo ejerce por la Constitución y por la ley. Correlativamente, en la misma medida, las restricciones sufridas en el campo de sus derechos por los sujetos pasivos de esa acción resultan ser justificadas².

6. Este marco de referencia me lleva a señalar que:

6.1. En un Estado Social de Derecho, cuyo valor emblemático es la igualdad real para todos nítidamente consagrado en el Preámbulo del Estatuto Superior y en sus artículos 2 y 13, y especialmente en el Estado Constitucional de Derecho que permite al juez su aplicación directa, éste debe ponderar los derechos esenciales en colisión (imputado, víctima, sociedad) en el proceso penal, fundamento de legitimación para una administración de justicia democrática.

6.2. Es viable jurídicamente la garantía de la *no reformatio in pejus* cuando el juez de única o primera (en desarrollo del recurso de reposición), de segunda instancia (apelación) o de casación, agrave la situación del recurrente único, siempre y cuando se haya respetado el debido proceso público como expresión superior de eficacia y

limpieza.

6.3. No es propio del Estado de Derecho en cualquiera de sus expresiones, pero especialmente en el Estado Constitucional de Derecho, un proceso nutrido de ilegalidades provenientes de fuentes como el error judicial, la incuria fiscal o del ministerio público, menos de patologías institucionales. Y no se le puede impedir a un juez constitucional que vuelva por los fueros de la limpieza procesal utilizando mecanismos dispuestos para el efecto, como la nulidad, que excluye del campo de la legitimidad la actuación y/o providencia ilegales que, en consecuencia, no pueden servir de parámetro para comparaciones futuras de cara a juicios de reformas perjudiciales.

6.4. En fin: no comparto el dilema simplista de o principio de legalidad o principio de no reforma peyorativa, pues el verdadero principio-derecho fundamental que en estos casos debe primar es el del debido proceso público (art. 29 Const. Pol.) que comprende a los dos subprincipios enunciados, como lo demandan principios hermenéuticos tan caros al juez constitucional como los cuasi idénticos de la ponderación y de la racionalidad.

Cordialmente,

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado

Fecha ut supra.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto debido hacia las determinaciones de la mayoría, me permito salvar parcialmente mi voto en el asunto de la referencia, con fundamento en las siguientes

consideraciones que en su momento expuse en la sesión correspondiente:

El problema de fondo que se plantea en la decisión respecto de la cual me aparto, toca con una vieja discusión alrededor de la tensión entre dos principios constitucionales, a saber el de legalidad y el de prohibición de la reformatio in pejus, habiéndose resuelto en esta oportunidad por la mayoría recoger la posición interpretativa que durante muchos años prohió la Sala respecto de la prevalente aplicación del primer principio frente al segundo, conclusión de la cual respetuosamente me aparto.

Cualquier sociedad humana, independientemente del grado de civilización en que se encuentre, necesita un orden determinado. Este orden no es arbitrario ni casual, sino el fruto de la observancia de aquellas normas jurídicas que a efectos de organizar la vida en sociedad se crean. La legalidad es el requisito de observar ese determinado orden, ese sistema de normas jurídicas, todo lo cual asegura una convivencia pacífica en cuando garantiza una adecuada conducta de los ciudadanos y evita las acciones arbitrarias de las autoridades.

El paradigma propio del orden constitucional que rige el Estado Social de Derecho, lleva a comprender que el ejercicio del poder público debe ser practicado conforme a los estrictos principios y normas derivadas del imperio de la Ley, no existiendo por tanto, actividad pública o funcionario que pueda actuar al margen de la normatividad que rige la actividad del Estado.

El principio de legalidad y la seguridad jurídica se tornan, en ese contexto, en elementos fundamentales del Estado de Derecho, en el que las funciones públicas se ejercen a través de competencias y procesos con base en normas preexistentes ajustadas al orden constitucional vigente, marco dentro del cual toda actuación judicial debe adelantarse conforme con las leyes preexistentes llamadas a regular el caso.

Por lo tanto, el principio de legalidad se formula sobre la base de que ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada, esto es, que una decisión no puede ser jamás adoptada sino dentro de los límites determinados por una ley material anterior. Siendo ello así, constituye un imperativo constitucional la observancia del ordenamiento jurídico por todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones.

Nuestra Constitución Política señala que el Estado colombiano es un Estado de Derecho (artículo 1º), lo cual quiere decir que la actividad estatal está sometida a reglas jurídicas. Sobre los fundamentos filosóficos de la importancia de someter la actividad estatal al derecho, la Corte Constitucional ha precisado que :

“La constitución rígida, la separación de las ramas del poder, la órbita restrictiva de los funcionarios, las acciones públicas de constitucionalidad y de legalidad, la vigilancia y el control sobre los actos que los agentes del poder llevan a término, tienen, de modo inmediato, una única finalidad: el imperio del derecho y, consecuentemente, la negación de la arbitrariedad. Pero aún cabe preguntar: ¿porqué preferir el derecho a la arbitrariedad? La pregunta parece necia, pero su respuesta es esclarecedora de los contenidos axiológicos que esta forma de organización política pretende materializar: por que sólo de ese modo pueden ser libres las personas que la norma jurídica tiene por destinatarias: particulares y funcionarios públicos.³”

Ahora bien, el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, los cuales guardan entre sí una estrecha relación. De acuerdo con el primero, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o

administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible. También debe predeterminedar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, el término, la naturaleza, la cuantía cuando se trate de pecuniaria, el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición.

Aunado a lo anterior, la separación de poderes es un mecanismo esencial para evitar la arbitrariedad y mantener el ejercicio de la autoridad dentro de los límites permitidos por la Carta. La voluntad constitucional de someter la acción Estatal al derecho, así como el principio de la separación de poderes, llevan a pregonar que la ley juega un papel trascendental en la regulación y restricción de los derechos constitucionales y legales.

Por ello, en materia penal, cuando el artículo 29 de la Carta Política preceptúa que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, esta declarando implícitamente, que a nadie se le puede imponer una pena no prevista por el legislador para el hecho por el cual fue oído en juicio. Admitir que en un evento dado el juez puede marginarse de ese mandato, bajo la consideración de una prevalencia de la prohibición de reforma en peor, es tanto como validar la vía de hecho, pues a pesar de la ilegalidad el superior no podrá corregir la inobservancia de la ley.

Para el suscrito, en un Estado de derecho como el nuestro no puede aceptarse que se hagan efectivas decisiones arbitrarias o, lo que es lo mismo, proferidas sin la estricta observancia de la ley y la Constitución, pues la vigencia del Estado de Derecho no se agota con la expedición de un catálogo de reglas que guían la conducta de los individuos, sino que supone, además, que dicha normatividad sea ejecutada y aplicada. De allí que, si quien tiene el deber constitucional de aplicar las normas al caso concreto para definir

el derecho, se aparta de ellas, hace inoperante el sistema jurídico e imposible la organización política en que el mismo se funda.

En ese contexto, frente a una decisión que se aparta del contenido de la ley, no es posible sostener la prevalencia de la prohibición de la *reformatio in pejus*, pues la legalidad no se agota en la recortada perspectiva de la protección del procesado en un determinado caso, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley a fin de que el Estado, a través de sus operadores de justicia no pueda sustraerse de los marcos señalados por el legislador para regular las distintas situaciones jurídicas.

Las normas que conforman el sistema tienen un marco básico dentro del cual se llevan a cabo los juicios de valoración y apreciación por parte de los jueces, y unas fronteras más allá de las cuales la judicatura no puede transitar. Así, por ejemplo, en materia de penas, los límites máximo y mínimo, su clase, su naturaleza principal o accesoria, son impermeables, aun frente a disposiciones como la prohibición de la reforma en peor, pues en tales eventos la legalidad funciona como límite impenetrable para el aplicador de la ley.

La garantía que implica la prohibición de la *reformatio in pejus* no puede convertirse en coartada para tolerar o convalidar una sentencia que pase por encima de la ley, pues si la Constitución reconoce una garantía como ésta, es porque parte de la base de que el acto jurisdiccional no desborde la legalidad básica.

Una decisión judicial al margen de la ley sólo puede ser calificada como una vía de hecho, y frente a ella no puede aducirse argumento alguno que pretenda garantizar su incolumidad. En esos eventos, en los que se rompe de manera incontestable el hilo de la juridicidad, el juzgador de segunda instancia, o la misma Corte en sede de casación, están llamados a restaurar esa fidelidad a la ley, de la que ningún juez puede liberarse sin abjurar de su misión.

La vinculación que los órganos del Estado deben al derecho, obliga a desestimar y proscribir las acciones judiciales que se logren identificar como vías de hecho, esto es al margen de la ley, pues el Estado de Derecho deja de existir si un órgano del Estado pretende y puede situarse por encima del derecho establecido.

La competencia que la Constitución le otorga a los jueces de la República, se insiste, sólo les permite obrar dentro del marco del derecho, y no puede sustituirlo arbitrariamente por sus propias concepciones. La igualdad en la aplicación de la ley está íntimamente ligada a la seguridad jurídica que descansa en la existencia de un ordenamiento universal y objetivo, que con idéntica intensidad obliga a todos, autoridades y ciudadanos.

Por lo tanto, el suscrito Magistrado es del criterio que la prohibición de la reformatio in pejus no obliga al juez de segunda instancia cuando el inferior ha fijado la pena violando el principio de legalidad, pues una conclusión contraria llevaría a afirmar que la persona condenada con base en el desconocimiento de la ley, estaría en una situación, que si le resulta favorable, sería invulnerable a pesar de su franca ilegalidad, lo cual, como se acaba de ver contraría los fines propios de un Estado de Derecho.

Con todo respeto,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

(Casación No. 22.323)

Por supuesto que estoy de acuerdo con la decisión tomada. Lamentablemente, luego de unos pocos días, la Corte volvió a cambiar, para el caso, retroceder. Pero me aparto de

algunas afirmaciones. En efecto:

1. La decisión rechaza la prohibición de la denominada *reformatio in peius* indirecta, es decir, cree que esta sí es viable. El suscrito aboga por el veto también en tal hipótesis, pues sus efectos son los mismos de la directa, sólo que se hace con base en el mito de la nulidad.
2. No era necesario acudir a la nueva legislación procesal, la Ley 906 del 2004, para dar soporte a la variación jurisprudencial. Sin esta, la prohibición es más que elocuente.
3. En estricto sentido, comparando la normatividad procesal anterior con la actual, en materia de sentencias la nueva no es más favorable, sencillamente porque no puede serlo, en razón de la considerable amplitud de la prohibición tanto en la [Constitución Política](#) de 1991, como en las legislaciones procesales de 1991 y del 2000.
4. Y aclaro un último punto, pero para mostrar con más fuerza mi conformidad con aquello que se afirma en el párrafo tercero del folio 37: la posibilidad de actuación oficiosa de la Corte en sede de casación se circunscribe a lo relacionado con la búsqueda de mejoría de la situación del procesado.

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

22.7.2005.

1 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Estudios de dogmática en el nuevo código penal, 2ª edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2004, pág. 36.

2 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-007 de 1993, Mag. Pte., Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

3 Sentencia C-179 de 1994. Fundamento e.1.