

Proceso No 23405

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrados Ponentes:

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS y

Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta N° 112

Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil siete (2007).

V I S T O S :

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de NELLY MARTÍNEZ POVEDA, contra el fallo del 12 de octubre de 2004 proferido por el Tribunal Superior de San Gil, que confirmara el emitido por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Charalá, el 20 de mayo del mismo año, a través del cual la antes nombrada fue declarada autora penalmente responsable de un delito de peculado por apropiación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL :

1. En la sentencia de segundo grado los primeros fueron narrados de la siguiente manera:

“La investigación tuvo como fundamento un escrito en el que se denunciaba que algunos

notarios de la región y entre ellos la de Charalá, Nelly Martínez Poveda, estaban omitiendo el pago de los aportes que por concepto del impuesto al valor agregado (IVA) y retención en la fuente, así como otras obligaciones parafiscales con la Superintendencia de Notariado y Registro. En efecto, se demostró que la aludida, en ejercicio de la función pública que desempeñaba no efectuó el pago de los dineros recaudados por concepto de IVA desde agosto de 1995 a abril de 1998, y los recibidos por retención en la fuente desde la misma época señalada en precedencia hasta abril del año últimamente citado, en cuantía no determinada en el proceso. Del mismo modo incumplió con los pagos por recaudos y aportes al Fondo Nacional de Notariado y Registro en la suma de \$1.442.266 por los años de 1997, 1998 y 1999 hasta abril.

Esos dineros fueron utilizados en una serie de gastos como pagos de salarios, servicios, mantenimiento de equipos y otros, esto es, hubo apropiación de los mismos. Sin embargo, en el curso de la investigación y antes de proferirse sentencia, la sindicada se puso a paz y salvo con la DIAN y la otra entidad cancelando las obligaciones.”

2. Después de recogidas algunas pruebas en el curso de indagación preliminar, la Fiscalía Séptima Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de San Gil, en resolución del 1° de noviembre de 2002 dispuso la apertura de investigación y la vinculación a ella, a través de indagatoria, de NELLY MARTÍNEZ POVEDA, diligencia que se cumplió el 3 de abril de 2003¹. Al momento de definirle la situación jurídica en providencia del 16 de mayo subsiguiente, se declaró que no era necesario imponerle medida de aseguramiento².

3. El mérito probatorio del ciclo sumarial concluyó con la formulación de acusación a NELLY MARTÍNEZ POVEDA como presunta autora de peculado por apropiación, conducta punible que fue enmarcada por favorabilidad en el artículo 133, inciso 2° del Código Penal de 1980, en razón de que la cuantía del objeto materia del delito no superó los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, determinación adoptada

en resolución del 11 de febrero de 20043.

4. Al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Charalá le correspondió pronunciar la sentencia el 20 de mayo de 20044 y resolvió imponer a la acusada las penas principales de dos (2) años de prisión y multa de \$1'618.266.00, así como la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privativa de la libertad, como autora responsable del injusto penal por el cual fue acusada, que encuadró en el invocado artículo 133 del Estatuto Punitivo de 1980, con la modificación introducida por la Ley 190 de 1995, sanciones cuya ejecución suspendió condicionalmente por igual período.

5. La providencia anterior fue impugnada por el defensor de la procesada y el Tribunal Superior de San Gil, a través de sentencia del 12 de octubre de 20045 le impartió confirmación en su integridad.

6. La sentencia del Ad-quem fue objeto del recurso de casación que ahora se decide, interpuesto por el representante judicial de NELLY MARTÍNEZ POVEDA ante la Corporación de segunda instancia.

LA DEMANDA :

Cargo único: Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida o exclusión evidente.

Al amparo de la causal de casación prevista en el numeral 1°, cuerpo primero del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente acusa la sentencia de segundo grado de violar directamente una norma sustancial en cuanto se aplicó indebidamente el artículo 133 del Código Penal de 1980 y se dejó de aplicar o fue excluido evidentemente el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 y el párrafo del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, preceptos que a pesar de contemplar una respuesta punitiva menos

drástica que la consagrada en el artículo 133, no gobernaron el presente caso, con lo cual se conculcó la garantía de la favorabilidad en materia penal consagrada en el artículo 29 de la [Constitución Política](#).

Considera que dentro del tránsito legislativo presentado desde la ocurrencia de los hechos al momento del pronunciamiento del fallo de segundo grado han regido el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, y los artículos 18 y 19 de la Ley 190 de 1995 que regulan el delito de peculado por apropiación, y, después, el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 que unificó los parágrafos 1° y 2° del artículo 665 del Estatuto Tributario—declarado inexecutable mediante sentencia C-285 de 1996 en la cual se recomendó una mejor configuración para la conducta punible del agente retenedor que omite consignar los recaudos fiscales— y derogó tácitamente el párrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, normas que punen la omisión mencionada y de las cuales la última invocada fue declarada executable por la Corte Constitucional en la sentencia C-009 del 23 de enero de 2003, aunque exclusivamente los tres primeros incisos demandados, pues el artículo 42 no fue atacado.

Las múltiples modificaciones introducidas al comportamiento del agente retenedor y sus consecuencias jurídicas, llevaron al demandante a afirmar que el comportamiento de su representada:

“...pareciera que se mantenía sólo en una sanción administrativa, pero bastaron los fallos de la Sala penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en especial aquellos de julio 15 de 1998 y abril 7 de 1999, para que la situación cambiara, y la conducta del servidor público o del particular con funciones públicas de retenedor o recaudador, se equiparó al delito de peculado por apropiación cuando el mismo agente no consignaba los valores retenidos o recaudados en cierto plazo legal.”

También alude a la estructura de los tipos confeccionados por el legislador de manera

sucesiva6

para destacar que inicialmente el comportamiento mencionado no fue concebido como un delito autónomo sino vinculado a las consecuencias jurídicas del peculado por apropiación, y tan sólo con el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 alcanzó dicha categoría, que a la vez comportó una variación en la respuesta punitiva y en las posibilidades de exoneración de responsabilidad penal en caso del cumplimiento de la obligación tributaria, acorde con el artículo 42 de la Ley 633 de 2000, de indiscutible efecto benéfico para el procesado, por cuanto en el artículo 133 del Decreto 100 las sanciones eran más drásticas y no se preveían causales de extinción de la acción penal, luego erró el Tribunal al no haber aplicado aquellas normas y proferir fallo absolutorio por haber pagado la procesada y "...compensado con creces lo dejado de consignar...", según correspondía a la obligatoria preferente selección de la norma más favorable, conforme manda el artículo 29 constitucional.

Al final solicita casar el fallo recurrido para que en su defecto se profiera el de reemplazo en el cual sea absuelta del cargo de peculado por apropiación a NELLY MARTÍNEZ POVEDA.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

Dicha funcionaria encuentra fundado el reproche por violación directa de la ley sustancial formulado por el demandante alegando la exclusión del artículo 402 del Código Penal de 2000, por ser la norma más favorable a la procesada de las que rigieron durante el tránsito normativo surtido entre la fecha de los hechos y la promulgación de dicho Estatuto, aunque estima que la trasgresión normativa no recayó sobre la totalidad del precepto conforme al estudio que adelantó sobre los siguientes puntos:

1. En relación con el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, en lo atinente a la conducta punible y sus consecuencias.

Con el fin de establecer la validez de dicha norma hizo una exploración de los antecedentes normativos y de la jurisprudencia mediante la cual ha sido examinada su constitucionalidad así:

Invoca la sentencia de la Corte Constitucional C-009 de 2003 para afirmar que el artículo 10° de la Ley 38 de 1969 equiparó la pena fijada para el peculado por apropiación a la omisión del agente recaudador de consignar a favor del erario las sumas recibidas por concepto de retención en la fuente y el impuesto sobre las ventas (IVA), dentro de los quince días del mes siguiente a su recepción, conforme a lo dispuesto en su artículo 4°.

Mediante el Decreto 2503 de 1987, el Presidente de la República derogó expresamente el artículo 4° antes reseñado y en el artículo 16 dispuso que los términos para el pago de impuestos y retenciones debía efectuarse en los lugares y dentro de los plazos determinados por el Gobierno Nacional, sin embargo, a pesar de que el Decreto 624 de 1989, al cual fue integrado el Estatuto Tributario, en el artículo 665 que atribuyó “Responsabilidad penal por no consignar las retenciones”, no determinó el elemento temporal a partir del cual se configuraba el delito de peculado cuando los retenedores no cumplían dicha obligación, fue demandada su constitucionalidad, pretensión que prosperó según sentencia C-285 de 1996.

En atención a la exhortación realizada en dicha providencia al legislador para que tipificara penalmente el señalado comportamiento, fue promulgada la Ley 383 de 1997 que en el artículo 22, a la vez que lo incorporó, incluyó la fijación de un plazo de dos meses para consignar las sumas retenidas, contado a partir de su recaudo, le extendió la respuesta punitiva prevista para el peculado por

apropiación y agregó dos párrafos para consagrar causales de exoneración de responsabilidad penal para el agente retenedor que extinguiera la obligación tributaria por pago o compensación y para las sociedades que se encontraran en proceso concordatario o en liquidación forzosa administrativa.

Estos párrafos fueron modificados por el artículo 71 de la Ley 488 de 1998 en los siguientes términos: i) 1°, cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago, compensación o acuerdo de pago de las sumas adeudadas no habrá responsabilidad penal; ii) 2°, lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios, o en liquidación forzosa administrativa, o en proceso de toma de posesión en el caso de las vigiladas por la Superintendencia Bancaria, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas.

En sentencia C-1144 de 2000, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 22 de la Ley 383 de 1997, salvo el dúo de párrafos mencionados en penúltimo término porque habían sido sustituidos por los del artículo 71 de la Ley 488 de 1998 en términos que hacían más rigurosas las causas de exclusión de la responsabilidad penal para los procesados por la citada conducta punible, razón por la cual aquellos estaban llamados a ser aplicados ultra-activamente por favorabilidad.

La Ley 599 del 24 de julio 2000 definió en el artículo 402 el delito de omisión del agente retenedor o recaudador y la Ley 633 publicada el 29 de diciembre del mismo año, unificó los párrafos 1° y 2° del artículo 665 del Estatuto Tributario, y a pesar de que la primera empezó a regir por expresa disposición de su artículo 476 el 24 de julio de 2001 y la segunda en la fecha de su edición en el Diario oficial, cada una adquirió validez en el orden de su promulgación, según declaración contenida en la sentencia C-009 de 2003 de la Corte Constitucional,

providencia en la cual, además, se declaró exequible la preceptiva 402, dejando incólume el parágrafo porque no fue incluido en la demanda y porque el artículo 42 de la Ley 633 lo había derogado tácitamente⁷

, aunque posteriormente fue modificado por el artículo 21 de la Ley 1066 de 2006.

Haciendo referencia al asunto debatido, señala que como NELLY MARTÍNEZ POVEDA terminó de pagar las obligaciones pendientes con la Superintendencia de Notariado y Registro el 11 de marzo de 2004, la norma aplicable era la vigente en ese entonces, esto es, la integrada por los tres primeros incisos del artículo 402 del Código Penal de 2000, excluido el Parágrafo cuya derogatoria tácita se produjo con el advenimiento del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, vigente en la actualidad y, según el cual, cuando el agente retenedor o el responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal.

Discrepa del encuadramiento de los hechos en el delito de peculado por apropiación consagrado en el artículo 133 de la Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, recogido a su vez en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, realizado en los fallos de primera y segunda instancia proferidos en contra de NELLY MARTÍNEZ POVEDA bajo el presupuesto de la debida demostración de la “apropiación” de los aportes y recaudos que dejó de depositar a favor de la DIAN y de la Superintendencia de Notariado y Registro, más no por “...mora en su consignación...” en las cuentas de dichas instituciones, según lo reconociera la acusada en el curso de la indagatoria, porque las providencias de esta Sala en las cuales fundaron dicha conclusión no resultan completamente aplicables al caso.

De un lado, porque la del 15 de julio de 1998, rad. N° 11.290, soluciona el

problema propuesto sobre el desplazamiento de tipicidad de la modalidad de peculado por apropiación al de uso, luego no se asimila al dilema planteado en el libelo, aunque estima rescatable de dicha jurisprudencia el rechazo a la existencia de solución de continuidad legislativa en el tratamiento delictivo dado al mencionado comportamiento; y de otra parte, porque la proferida el 7 de abril de 1999, rad. N° 10.399, fue dictada en vigencia del artículo 10° de la Ley 38 de 1969 que consideraba como una forma de peculado por apropiación la no consignación de las sumas retenidas dentro de los plazos legales establecidos, contexto dentro del cual la diferencia entre el mencionado paratipo penal y el peculado mencionado era tenue dado que la omisión de entrega de las sumas retenidas en la fuente de todas maneras constituía un acto de apropiación.

Estas dificultades de interpretación, en su opinión, se superaron con el surgimiento del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, que creó un tipo penal especial para la omisión del agente retenedor o recaudador, según también lo confirma la exposición de motivos del Proyecto de Ley 40 de 1998 que lo antecedió, razón por la cual el análisis procede a la luz del principio de favorabilidad dado que dicha disposición contempla una pena más favorable que la señalada para el peculado por apropiación.

Después de verificar la adecuación del comportamiento omisivo observado por NELLY MARTÍNEZ POVEDA, entre agosto de 1995 y abril de 1998, a la conducta punible descrita en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, considera que tanto en la instrucción –abierta el 1° de noviembre de 2002– como en el juicio ha debido considerarse su aplicación en punto de la respuesta punitiva más favorable durante el tránsito legislativo previamente descrito, acorde con el axioma contenido en el artículo 29 de la Constitución Política y desarrollado en la jurisprudencia de las Altas Cortes⁸ y, bajo tal presupuesto, solicita casar la sentencia impugnada y

en su reemplazo proferir fallo en el que se irroguen las penas fijadas en la preceptiva inicialmente invocada.

2. Respecto del Parágrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, en cuanto atañe a las causales de extinción de la acción penal.

Advertida su vigencia –no obstante su derogatoria por el artículo 42 de la Ley 633 de 2000– y su reincorporación al artículo 21 de la Ley 1066 de 2006, menciona los siguientes eventos extintivos de la acción penal del delito de omisión de agente retenedor o recaudador: i) el cumplimiento en su totalidad de la obligación tributaria, junto con sus intereses y sanciones; ii) el pago o compensación de las sumas adeudadas.

Remitiéndose al caudal probatorio, la Procuradora Delegada considera que en el presente caso no concurre ninguna de tales causales porque no obstante haber certificado la DIAN que la procesada está a paz y salvo con sus obligaciones, tal estado no fue producto del “pago puro y simple” que ella efectuara, única manera de extinguir las obligaciones, sino resultado del proceso ejecutivo promovido en su contra y que culminó con el remate de un bien inmueble de su propiedad, aun cuando insuficiente para el cumplimiento de la obligación fiscal en su totalidad, pues quedó un saldo insoluto de \$176.000.00, cuyo cobro se vio frustrado por la prescripción de la acción respectiva.

En resumen: se opone a la cesación de procedimiento penal por pago de la obligación tributaria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La Sala no alberga duda acerca del acierto del demandante en la selección de la causal de casación de violación directa de la ley sustancial en cuyo ámbito ubicó el yerro

consistente en la falta de aplicación del artículo 402 de la Ley 599 de 2000 que define y sanciona el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, así no hubiera construido en debida forma la proposición jurídica, como quiera que omitió indicar la norma sustancial indebidamente aplicada, aunque de acuerdo con la sustentación del cargo se colige que se trata del artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por los artículos 18 y 19 de la Ley 190 de 1995, que regula el peculado por apropiación.

Se establecerá, entonces, si la reseñada inaplicación normativa conlleva a casar el fallo impugnado, estudio que se orientará fundamentalmente a verificar, en respuesta a los argumentos del casacionista, si se quebrantó el principio de favorabilidad, incluido en los artículos 29 del Ordenamiento Superior y 6° de la Ley 599 de 2000, en cuanto garantía integrante del núcleo del derecho fundamental al debido proceso de todos los sujetos e interviene procesales, y cuya protección culminante ha sido encomendada a la Corte Suprema en sede de casación por el artículo 206 de la Ley 600 de 2000 (y 180 de la Ley 906 de 2004), al determinar las finalidades del extraordinario medio impugnativo.

2. En punto de la violación directa de normas sustanciales, sabido es que el censor debe estar de acuerdo con los hechos fijados en el fallo atacado y la forma como fueron declarados probados, posición que en efecto asumió el recurrente.

Los supuestos fácticos en los cuales el Tribunal fundó su pronunciamiento son los relacionados a continuación:

2.1. Cuando NELLY MARTÍNEZ POVEDA fungía como Notaria Única del Municipio de Charalá, entre el 24 de junio de 1995 y el 11 de abril de 1999, cumplió la función de recaudar dineros por concepto del impuesto a las ventas (IVA), hacer retenciones en la fuente y cobrar contribuciones parafiscales con destino al Fondo Nacional de Notariado y Registro.

2.2. Los valores recaudados y retenidos por los anteriores conceptos no fueron “pagados” a la Administración de Impuestos Nacionales ni al Fondo de Nacional de Notariado y Registro como estaba obligada legalmente a hacerlo.

2.3. La procesada cumplió sus obligaciones con la DIAN de manera coactiva, sin embargo quedó pendiente de pago un saldo de \$176.000.00, cuyo cobro no pudo ser obtenido debido a la prescripción de la acción respectiva. A la Superintendencia de Notariado y Registro sí le pagó la totalidad de la suma adeudada.

2.4. En el curso de la indagatoria, NELLY MARTÍNEZ POVEDA confesó el incumplimiento de los pagos aludidos dentro de los plazos fijados en la ley, aunque pretendió justificar tal comportamiento argumentando que los dineros retenidos los destinó al funcionamiento de la Notaría a su cargo.

3. El Tribunal subsumió la anterior relación fáctica en el delito de peculado por apropiación, definido y sancionado en artículo 133 del Decreto 100 de 1980, al considerar que la actuación de la acusada consistió en:

“...el apoderamiento de esos caudales y debido a eso no fueron entregados en su oportunidad a las entidades con destino a las cuales se recaudaba”,

sin que por el hecho de haberlos cancelado finalmente, su comportamiento dejara de ser punible –como pretendiera la defensa–, aunque tampoco podía ser subsumido en la conducta de omisión del agente retenedor, predicable de quien

“...simplemente deja de consignar en la oportunidad legal...”,

prevista en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 42 de la Ley 633 de 2000, razón por la cual descartó la aplicación de éstas reglas.

4. Con fundamento en el juicio de tipicidad previamente evocado, los juzgadores de instancia realizaron la siguiente labor de dosificación punitiva:

El Aquo:

Seleccionó el artículo 133 del Código Penal de 1980, con la modificación introducida por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, que para el peculado por apropiación fija las siguientes penas: prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

Reconoció la diminuyente específica consagrada en el inciso segundo de la última norma invocada en cuanto el valor apropiado no superó los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes –considera la Sala que seguramente ante el descuido observado en la fijación exacta de las cifras retenidas ilícitamente que bien podía haberse logrado a través de la DIAN, el A-quo acogió la aseveración de la Fiscalía en la resolución acusatoria en el sentido que el monto dejado de consignar por la acusada no superó los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época delictual– y por eso redujo los topes superiores en la mitad (1/2) y los inferiores en una cuarta parte (1/4) –deducción a la cual se arriba al observar que determinó el mínimo en 36 meses de prisión y el máximo en 135 meses–, a pesar del anuncio sobre la aplicación de la proporción mayor a aquellos que, de haber cumplido, se hubiera reflejado en la disminución del límite mínimo en tres cuartas (3/4) partes y del máximo en la mitad (1/2), según manda el artículo 60, numeral 5° del Código Penal de 2000.

Después de establecer el ámbito punitivo de movilidad entre 36 meses y 135 meses de prisión, redujo dichas cifras en la tercera (1/3) parte en consideración al reintegro “total” de lo apropiado conforme lo prevé el 2° inciso del artículo 401 de la Ley 599 de 2000.

, para la citada modalidad de peculado, y aseveró:

“Por lo que al dividirlo en cuartos, arroja el primer cuarto mínimo entre 36 meses de prisión y 60 meses (sic) 22 días, y dentro de él hemos de movernos, como que solo podemos deducirle atenuantes por su buena conducta anterior, pues no obran en su contra sentencias condenatorias por lo que la pena a imponer será de tres (3) años de prisión, pero hemos de deducirle la otra atenuante punitiva de una tercera parte (1/3) arrojando en definitiva una pena de prisión de dos (2) años. No empece la gravedad y modalidad del hecho punible, grado de culpabilidad de (sic) título de dolo directo, circunstancias de atenuación por la cuantía de lo apropiado, la carencia de prueba que indique que la señora NELLY MARTÍNEZ POVEDA sea proclive a estas conductas lesivas contra la Administración Pública como que no obran sentencias condenatorias en este sentido en su contra, esa (sic) habrá de ser el monto definitivo a imponerse; así como a la de multa igual al monto de lo apropiado, por una parte \$1.442.666 y \$176.000, es decir, para un gran total de \$1'618.266.

Como accesoria se le impone a la aquí condenada la interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.”

El Ad-quem convalidó la operación antes relacionada así:

Adujo que como el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, que pune el peculado por apropiación, contempla sanciones menos favorables que las señaladas en el derogado artículo 133 del Código Penal de 1980, corresponde irrogar las determinadas en éste precepto.

Además, acotó:

“Cuando se trata de esta clase de peculado porque la apropiación de los fondos se suscita en ejercicio de una función pública, la devolución total o parcial de lo apropiado es circunstancia de atenuación punitiva e implica una disminución de la sanción que fue aplicada en la sentencia, pero no conduce a la extinción de la pena.

En consecuencia, la Sala entiende que no es lo mismo apropiarse que no consignar y demostrándose la apropiación no sólo porque se desprende de lo aseverado por la acusada, sino del considerable tiempo que transcurrió hasta cuando se puso a paz y salvo, no procede la aplicación del parágrafo que menciona el censor (antes señala que el apelante solicita la aplicación del artículo 42 de la Ley 633) que a pesar de ser derogado tácitamente aparece en la Ley 633 del año 2000.”

5. En este punto de la discusión la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones en respuesta a los reproches formulados por el censor:

5.1. Adecuación típica de los hechos investigados durante el tránsito legislativo operado entre su ocurrencia y sanción.

De acuerdo con los sucesos fijados en el fallo impugnado, la conducta que dio lugar a la vinculación penal de NELLY MARTÍNEZ POVEDA, a su acusación y subsiguiente condena, consistió en que se abstuviera de consignar las sumas de dinero que ella recaudó en ejercicio de la función pública notarial, correspondientes al impuesto a las ventas (IVA), a la retención en la fuente y a los aportes parafiscales destinados al Fondo Nacional de Notariado y Registro, dentro del plazo de los dos meses siguientes a su recaudo.

La connotación delictiva atribuida a dicho comportamiento data de varios lustros atrás y ha sido continua según revela las siguientes normas:

Ley 39 de 1968: “Artículo 10. Los retenedores que no consignen las sumas retenidas

dentro del plazo establecido en el artículo 4º. de esta Ley, quedan sometidos a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los empleados públicos que incurren en apropiación indebida de fondos del Tesoro Público.”

Decreto 624 de 1989, Estatuto Tributario, “Artículo 665. RESPONSABILIDAD PENAL POR NO CONSIGNAR LAS RETENCIONES. Los retenedores que no consignen las sumas retenidas, quedan sometidos a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los empleados públicos que incurran en apropiación indebida de fondos del Tesoro Público.”

Ley 383 de 1997, Artículo 22. Adiciónase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

“Artículo 665. Responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA. El Agente Retenedor que no consigne las sumas retenidas dentro de los dos (2) meses siguientes a aquel en que se efectuó la respectiva retención, queda sometido a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los servidores públicos que incurran en el delito de peculado por apropiación.”

Por tanto: entre los años 1968 y 2000 fue constante la remisión del legislador en materia tributaria a las normas penales al momento de determinar las sanciones para las conductas antes descritas, específicamente a las reglas que tradicionalmente han consagrado los delitos contra la administración pública, y concretamente en 1997, a la preceptiva atinente al peculado por apropiación, concebido por ese entonces así:

Ley 190 de 1995, ARTÍCULO 19. El artículo 133 del Código Penal quedara así:

Artículo 133. Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración,

tenencia o custodia se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2).

Seguramente la vigencia de ésta norma al momento de la comisión de la conducta investigada incidió en la calificación jurídica de los hechos realizada en la resolución acusatoria y en los fallos de primer y segundo grado emitidos dentro de esta actuación, dada la remisión a las penas previstas para dicho delito, pues solamente a partir de la Ley 599 de 2000, adquirió autonomía el delito tributario comentado, conforme al siguiente texto:

“Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Los sucesivos cambios normativos previamente evocados conducen a afirmar que la conducta del agente retenedor que omite la obligación de consignar dentro de los plazos estipulados legalmente los dineros que recauda en el ejercicio de

funciones públicas no ha perdido connotación delictiva desde 1968 a la fecha¹¹ y, en realidad, últimamente lo que ha ocurrido es que el legislador ha adecuado en forma más sistemática ese modelo comportamental ubicándolo dentro de los delitos contra la administración pública.

La utilización dada por el agente retenedor a los recursos fiscales —es decir, si los dedica o no a sufragar los gastos de sostenimiento de la oficina a su cargo, conforme a la explicación suministrada por NELLY MARTÍNEZ POVEDA en el curso de la indagatoria— no está contemplada como elemento estructural ni del tipo de peculado por apropiación, ni del de omisión del agente retenedor, luego no sirve como parámetro de identificación de uno u otro comportamiento como quiera que desde el momento que el funcionario recauda tales dineros, estos adquieren la naturaleza de estatales y su destino no puede ser otro que su consignación oportuna en la institución señalada en las disposiciones legales pertinentes, como en el presente caso, en la DIAN y en el Fondo Nacional de Notariado y Registro.

Dicho en otros términos, tal circunstancia no determina la incardinación de los hechos juzgados en el supuesto de hecho del peculado por apropiación con exclusión del de omisión del agente retenedor, ni aún durante la prolongada época en que éste delito no estuvo consagrado en su integridad en el Código Penal, de manera que se equivocó el Tribunal al descartar la posibilidad de imponer las penas previstas en el pluricitado artículo 402, bajo la única consideración que la acusada incurrió en un “apoderamiento” de recursos fiscales, más no en la “omisión de consignarlos” a favor del Estado.

Si bien el tránsito normativo descrito por el censor y por la Procuradora Delegada revela la inicial pertenencia de las normas reguladoras del comportamiento materia de juzgamiento a estatutos de naturaleza tributaria y penal, en cuanto el supuesto de hecho surgió en aquellas y las consecuencias jurídicas fueron

determinadas mediante reenvíos en éstas, lo cierto es que solamente en el artículo 402 del Estatuto Punitivo de 2000 fue incluida en la codificación penal la norma penal completa definitoria de dicho delito, abandonando así su condición de paratipo penal y adquiriendo la del genuino tipo penal, según acertada apreciación del Ministerio Público.

Su desplazamiento por cuerpos normativos de materias diferentes –tributaria y penal– no impide calificarlo jurídicamente de una u otra manera, siempre y cuando su consumación, investigación y juzgamiento haya recibido el influjo de las legislaciones de derecho penal y complementario que han dado lugar a denominarlo de manera diversa, y teniendo el cuidado, claro está, de escoger la respuesta punitiva más benigna para el acusado.

En conclusión: establecido que la conducta desplegada por NELLY MARTÍNEZ POVEDA consistió en la omisión de consignar los dineros que por concepto del impuesto a las ventas (IVA), retención en la fuente y aportes parafiscales recaudó en el ejercicio de la función notarial, las sanciones que se le deben imponer son aquellas que le reporten un mayor beneficio entre las que han consagrado dicho comportamiento como punible, desde 1995 a la fecha, por cuanto los hechos ocurrieron durante dicha anualidad y 1999.

5.2. Individualización de las penas

Retomando la censura por la conculcación de la garantía procesal de la aplicación preferente de la ley más favorable al procesado, se ocupará la Sala de comparar las consecuencias punitivas establecidas en las normas que han gobernado los hechos investigados, específicamente las seleccionadas por los juzgadores y aquellas cuya falta de aplicación demanda el recurrente, quien se abstuvo de abordar dicha tarea como le correspondía hacerlo al desarrollar el

cargo, omisión en la cual también incurrió el Ministerio Público a pesar de respaldar la pretensión contenida en la demanda relacionada con este tópico.

Es necesario advertir que la reducción punitiva reconocida a favor de la procesada por los juzgadores de instancia con fundamento en el inciso 2° del artículo 401 del Código Penal de 2000, fue desacertada en cuanto equipararon la “recuperación total” por el Estado de los dineros recaudados por la procesada como resultado de la ejecución emprendida en su contra –recuérdese que fue parcial pues quedó un saldo insoluto cuyo cobro no se pudo promover por prescripción de la acción respectiva–, al

“...reintegro de los dineros objeto de apropiación, realizado por la señora NELLY MARTÍNEZ POVEDA ...en su totalidad...antes de la sentencia de segunda instancia”.

Si reintegrar, significa según la Real Academia de la Lengua Española, “Restituir o satisfacer íntegramente una cosa”, acción que supone la voluntad del sujeto que la realiza, resulta impropio afirmar que NELLY MARTÍNEZ POVEDA reintegró las sumas de dinero recaudadas en cumplimiento de sus funciones notariales, cuando, como ya se dijo, la Administración Pública se vio impelida a instaurar un proceso ejecutivo como única vía para recobrar sus recursos.

Esta equivocación configuraría violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del inciso 2° del artículo 401 del Código Penal de 2000, que le correspondería a la Sala corregir, sino fuera porque obedeció a una interpretación que hizo el juez de dicha norma sin alterar su contenido, al entender que la reparación coactiva y parcial podía ser equiparada al reintegro total de lo dejado de consignar, razón por la cual no será rectificadas en el ejercicio de comparación punitiva recogido en el siguiente cuadro:

Con fundamento en las normas aplicadas en los fallos de 1° y 2° grado

Normas excluidas a juicio del censor

Art. 133 del CP/80, modificado por el Art. 19 de la Ley 190/95, inciso 1°

Prisión e interdicción derechos Y funciones públicas de 6 a 15 años

Multa: Igual al valor de lo apropiado ~~-\$1'618.266-~~ pero sin exceder de 50.000 smlmvs.12

Artículo 402 del CP/00

Prisión de 3 a 6 años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere los 50.000 smlmvs.

Art. 133 del CP/80 inciso 2°, disminución de la $\frac{1}{2}$ a las $\frac{3}{4}$ partes, en concordancia con el art. 60, num. 5° ibídem.

Deducidas las $\frac{3}{4}$ al mínimo, queda 1 año y 6 meses, y restada la $\frac{1}{2}$ al máximo quedan 7 años y 6 meses.

La multa oscilaría entre \$404.566,50 y 25.000 smlmvs.

Art. 401, inciso 2°, CP/00.

Reducción en $\frac{1}{3}$ parte de la pena individualizada.

El mínimo queda en 1 año; y el máximo en 5 años.

La multa estaría entre \$269.711,00 y 16.666,66 smlmvs.

Luego si el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 reprime el actuar investigado con prisión de 3 a 6 años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere

los 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en tanto que el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, modificado por los artículos 19 de la Ley 190 de 1995 y 401 del Código Penal de 2000, establece las siguientes sanciones principales: prisión de 1 a 5 años; en iguales cifras la interdicción de derechos y funciones públicas; y la multa entre \$269.711,00 y 16.666,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, no cabe duda que las reglas aplicadas en el fallo condenatorio resultan ser más benéficas para la acusada que el pluricitado artículo 402.

En conclusión: obró con tino el Ad-quem al negarse a aplicar esta norma y, por tanto, no incurrió en la trasgresión normativa de la cual lo acusa el censor, ni tampoco en el desconocimiento del axioma jurídico de la aplicación preferente de la norma más benigna al acusado pues entre las que ejercieron influjo en desarrollo del proceso seguido en contra de su representada, el Ad-quem convalidó la aplicación de las más favorables, así los argumentos que esgrimiera, según se dejó explicado en precedencia, no hubieran sido del todo acertados.

En suma, desatendiendo la opinión de la Procuradora Delegada en el sentido de considerar que la norma llamada a ser aplicada era el artículo 402 del Código Penal de 2000, se impone declarar la improsperidad del cargo.

5.3. Comprobación de la causal específica de extinción de la acción penal para la omisión del agente retenedor o recaudador.

Dada la incidencia del cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de NELLY MARTÍNEZ POVEDA en la punición de los episodios investigados, es indispensable establecer, como lo reclama el casacionista, si tal actividad conlleva o no a la extinción de la acción penal contemplada en la parte inicial del Parágrafo del artículo 402 del

Código Penal de 2000, en los siguientes términos:

“Parágrafo. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.

Dicho texto sufrió la siguiente modificación en el artículo 42 de la Ley 633 de 2000, vigente por la época delictual:

“Parágrafo. Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal.”¹³

Revisado el proceso se tiene que según certificación expedida por la División de Cobranzas de Bucaramanga, adscrita a la Administración de Impuestos Nacionales¹⁴, NELLY MARTÍNEZ POVEDA no sólo se negó a cumplir voluntariamente la obligación tributaria generada por la delictual omisión reseñada, razón por la cual fue necesario rematar un inmueble de su propiedad el 19 de mayo de 2000, sino que no la extinguió en su totalidad pues dejó un saldo insoluto de \$176.000.00 de imposible recuperación por el Estado porque operó la prescripción de la respectiva acción coactiva por circunstancias ajenas al acreedor fiscal.

En estas condiciones la nombrada deudora no puede resultar beneficiada con la extinción de la acción penal por cuanto no pagó voluntariamente, ni en su totalidad, los recursos estatales que retuvo en ejercicio de sus funciones notariales,

originalmente llamados a reposar temporalmente en su poder, sino que los usufructuó a su acomodo y hasta que el Estado culminó el referido proceso coactivo, por medio del cual, de todas maneras, no logró la recuperación total de la deuda tributaria.

No hay que olvidar que la política criminal del Estado está cifrada en el objetivo de lograr eficacia y eficiencia en la administración de justicia y por ello han sido incorporadas una serie de instituciones del Derecho Penal premial, entre ellas, las que recompensan al procesado con la extinción de la acción penal por el restablecimiento y reparación de los derechos de las personas naturales y jurídicas afectadas con el delito –erigido como principio rector en el artículo 21 de la Ley 600 de 2000–, alternativa prevista en el párrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, cuya aplicación reclama el casacionista.

Empero, este tipo de recompensas exige del beneficiado acciones voluntarias orientadas en tal sentido y precisamente NELLY MARTÍNEZ POVEDA no las realizó, si en cuenta se tiene que no extinguió la obligación tributaria intencionalmente sino que al Estado le correspondió promover en su contra cobro coactivo y asumir los respectivos costos, esfuerzo de todas maneras insuficiente para lograr la satisfacción total –conforme exige el párrafo del artículo 42 del Código Penal de 2000– pues quedó un saldo insoluto.

La declaratoria del citado fenómeno extintivo en las circunstancias mencionadas, comportaría el otorgamiento de un premio inmerecido a la acusada y constituiría un mensaje dañino para la sociedad que creería que a pesar del incumplimiento de las exigencias legales el Estado hace graciosas concesiones con las cuales genera impunidad.

En conclusión: la falta de aplicación del párrafo del artículo 402 que reprocha el censor resulta infundada, opinión con la cual está de acuerdo la Procuradora Delegada.

CASACIÓN OFICIOSA Y PARCIAL

En virtud del principio de la legalidad de la pena cuya naturaleza comporta una verdadera garantía para el procesado y para la sociedad, no se le podrán imponer al acusado penas o restricciones que no hayan sido establecidas previamente a la realización de la conducta punible, ni se podrán superar los límites cuantitativos y cualitativos consagrados en el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, su observancia por parte de la jurisdicción genera seguridad jurídica para los asociados, indispensable para el logro de la convivencia pacífica que es uno de los fines pretendidos por el Estado Social de Derecho según declaración contenida en el artículo 1° de la Carta Política de 1991.

En relación con la normatividad que por favorabilidad aplicaron los juzgadores en este caso, esto es, el artículo 133 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995 y por el artículo 401 del Código Penal de 2000 —éste último a pesar de haber sido advertida su improcedencia, aunque no sea rectificable en esta instancia extraordinaria en respeto de la garantía procesal consagrada en el artículo 31 constitucional — halla la Sala que erraron los juzgadores al aplicar los parámetros reductores fijados en el inciso 2° de la Ley 190 de 1995, según se explicó en precedencia, en cuanto los invirtieron en desconocimiento de la instrucción impartida en el numeral 5° del artículo 60 del Código Penal de 2000.

Luego si el ámbito punitivo de movilidad determinado para la prisión y la interdicción de derechos y funciones públicas en el fallo recurrido —desatendieron los funcionarios el carácter principal escogido por el legislador para la última respuesta punitiva mencionada, razón por la cual se corregirá tal falla dada la ausencia de repercusión en disfavor de la acusada— se estableció a partir de unos límites que no consultan las reglas creadas para el efecto, pues se fijó entre 36 y 135 meses de prisión, cuando debió oscilar entre 1 año y 6 meses, y 7 años y 6 meses, deducida la proporción mayor ($\frac{3}{4}$) al límite mínimo, y la menor al máximo ($\frac{1}{2}$), operación ésta que no se

efectuó en relación con la multa, es evidente que se rebasaron los topes señalados por la ley, y consecuentemente se vulneró el principio de legalidad de la pena, que la [Constitución Política](#) consagra y garantiza en su artículo 29.

En tales condiciones y dada la trascendencia del mencionado defecto de aplicación normativa en la individualización de las penas irrogadas a NELLY MARTÍNEZ POVEDA y su incidencia en la declaración final de justicia, en cuanto la degradación punitiva fue materializada equivocadamente en la sentencia impugnada, la Sala debe corregir tal error casando oficiosa y parcialmente la sentencia, con fundamento en la facultad que le otorga el artículo 216 de la ley 600 de 2000.

En consecuencia, fijará las penas principales en un (1) año y la multa en doscientos sesenta y nueve mil setecientos once mil pesos (\$269.711,00) –conforme se explicó en el cuadro inserto en esta providencia–, respetando de esta manera la motivación vertida en el fallo de primera instancia al individualizar la pena de prisión, con referencia expresa al artículo 61 del Estatuto Punitivo de 2000.

A mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. NO CASAR el fallo recurrido en la forma demandada por el accionante.
2. CASAR oficiosa y parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia:
3. IMPONER a la procesada NELLY MARTÍNEZ POVEDA las penas principales de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas por un (1) año y multa de doscientos sesenta y nueve mil setecientos once mil pesos (\$269.711,00), cuyo pago deberá efectuar a favor del Consejo Superior de la Judicatura (artículo 42 Código Penal

de 2000) dentro del mes siguiente a la fecha esta providencia.

4. PRECISAR que las restantes determinaciones del fallo se mantienen incólumes.

5. ADVERTIR que contra esta providencia no procede ningún recurso.

Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aclaración de voto

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria.

ACLARACIÓN DE VOTO

Respetuosamente quiero hacer las siguientes precisiones sobre la providencia adoptada en el punto mayoritario y renovar mi ya viejo planteamiento en lo que tiene que ver con la legalidad de las penas y la no reformatio in pejus:

1. Ante todo es de significar que en este proceso los jueces de instancia no se inventaron norma que transgrediera de manera grosera y manifiesta el principio de legalidad de las penas, sino que frente a la reducción punitiva establecida en el inciso 2° del artículo 401 de la ley 599 de 2000, dieron razones equivocadas para su concesión como consecuencia de la indebida interpretación otorgada a la figura del reintegro que no fue realizada voluntariamente por la procesada ni en su integridad.

2. Aprovecho para reiterar que participo de la transcendencia indiscutible de la garantía de la no reforma peyorativa para quien actúa como recurrente único -no sólo el procesado-recurrente, como algunos fraccionan sin razón la prerrogativa-, pero siempre y cuando previamente se haya respetado el debido proceso en su acepción de legalidad de los delitos y de las penas, como lo argumento enseguida:

I

Punto de partida en el esquema del Estado democrático y social de Derecho es reconocer que la Constitución Política expresa no solo el orden jurídico fundamental del Estado sino también y necesariamente el orden jurídico fundamental de la comunidad y de la persona humana. En atención a su elevada jerarquía y validez, las normas constitucionales pretenden valorar y establecer un sistema de vida, además que poseen capacidad axiológica para incidir en la realidad social y modificarla originando a partir de la vigencia y difusión de sus normas un “estado de conciencia” impersonal sobre la forma en que se concibe el Estado, los derechos de los ciudadanos y los límites y funciones del poder público. En tal virtud, le corresponde a la Carta la primacía respecto de todo el resto del Derecho interno (art. 4), lo cual facilita la tarea de cumplir una función de

ordenamiento fundamental de la comunidad¹⁵ para imponerse como “norma de normas” o preceptiva jurídica superior y dominante sobre el resto del orden normativo.

La Ley Fundamental, como el conjunto de principios básicos que adoptan y describen el modelo de sociedad dentro de un marco conceptual general, no es una codificación cerrada ni un modelo descriptivo completo y exhaustivo, sino que sus previsiones establecen el contenido esencial o los esquemas que engloban los valores esenciales de la comunidad, la forma de Estado, los límites de los poderes públicos, sus funciones y responsabilidades, la forma de organización política, económica y social; pero al lado de esa concepción estructural del modelo de Estado, se levanta como razón y esencia misma del Pacto Constitucional el reconocimiento del valor superior de la persona humana, la supremacía de los derechos humanos como metas y fines esenciales del Estado.

El reconociendo constitucional del valor superior de la persona humana, nos ubica en el entorno de un modelo de Estado antropocéntrico, esto es, de una forma de organización política y jurídica que tiene como su valor central, como el objeto de toda su actividad, como responsabilidad de todas las autoridades, el compromiso indeclinable de garantizar las condiciones para la dignificación del hombre y para procurarle el desenvolvimiento de sus potencialidades, así como establecer condiciones individuales y sociales de vida que posibiliten que su existencia discurra de la manera más feliz posible. El hombre se destaca no solo sobre la naturaleza como un ser superior dotado de facultades para transformar el mundo, sino que también es reconocido por la organización política como “el ser en sí en esencia valioso”, para el cual y alrededor del cual se crean la estructuras estatales, las construcciones jurídicas, políticas, económicas y sociales, hasta llegar a la ideal del Estado de servicio, y a la indeclinable conclusión de que todo debe servir al fin central de dignificar al hombre. Estado, leyes, órganos del poder, vida económica, vida política, justicia, actividad estatal, todo debe funcionar y girar alrededor del hombre, como instrumentos y medios para el fin

superior de facilitar el desenvolvimiento de los destinos humanos.

A diferencia de las cosas que tienen su fin fuera de sí, el hombre se concibe como el fin en sí mismo¹⁶, posee innatamente el derecho y la misión inherente de concebirse y realizarse tal como él se piensa y se sueña, y por eso se le garantiza el libre ejercicio de su voluntad; no es una simple existencia biológica, un dato más en la realidad de las interacciones sociales, sino que la existencia siendo enteramente suya¹⁷, es además libre para darse los rumbos que su razón le dicte, para imprimir a su días y a sus años de tránsito en la tierra las formas de vida que mejor lo realicen y le permitan un superior desarrollo de sus potencialidades:

“El valor de la persona consiste, por lo pronto, en ser más que el mero existir, en tener dominio sobre la propia vida, y esta superación, este dominio, es la raíz de la dignidad de la persona”, ha dicho con acierto Legaz y Lacambra.¹⁸

Hay entonces una supremacía del hombre sobre los valores del mundo, el hombre es el fin en sí mismo, ello hace que no pueda ser tratado como cosa o como instrumento para fines ultra personalistas; lo anterior conlleva así mismo, que cada hombre sea visto como fin en sí mismo y por tanto como igual a todos los demás hombres; por esa también innata igualdad resultan inadmisibles todo tipo de discriminaciones por razones de nacimiento, raza, sexo, condición social, religión, credo político o convicciones.

La anterior base axiológica reconocida en los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental, desemboca lógicamente en el reconocimiento de la titularidad innata de derechos y obligaciones: todo hombre es persona y se le reconoce una personalidad jurídica, principio plasmado en el artículo 14 de la Constitución, y que conlleva el reconocimiento de derechos y obligaciones, comprometiéndose el Estado a ser el garante de su eficacia y respeto.

Así es como al adoptarse como paradigma jurídico central el principio dignitas hominis, que nos recuerda la antigua visión griega de “el hombre como la medida de todas las cosas”, necesariamente se tiene que desembocar en el reconocimiento y supremacía de los derechos humanos, que se convierten así en instrumentos y medios sin los cuales no es posible concebir ni lograr la dignificación del ser humano.

Entonces, si la dignidad del ser humano y la garantía y eficacia de los derechos fundamentales se constituyen en los valores y fines constitucionales centrales, en piedra angular del Estado Constitucional de Derecho, deviene como lógica consecuencia que a los preceptos constitucionales que reglamentan y desarrollan esos valores fundantes, se les atribuya política y jurídicamente no solo una axiología superior, sino una especial y superior jerarquía aún con relación a otros preceptos de la misma Carta Política. Lo anterior explica y justifica que en el constitucionalismo democrático, antropológicamente fundamentado y concebido, se llegue al reconocimiento expreso de la existencia al interior de la preceptiva constitucional de normas de superior jerarquía, peso jurídico o rango, cuyos contenidos priman y prevalecen sobre el resto de los dispositivos constitucionales y legales.

Luego hay un núcleo irreductible de valores superiores, de “principios fundamentales” que constituyen la quinta esencia del orden axiológico constitucional, en cuanto esas normas interpretan y recogen la visión central del orden establecido, y sin los cuales se desnaturalizaría y haría nugatorio el modelo de organización adoptado por el pueblo en el pacto superior:

dignidad humana, prevalencia de los derechos humanos, solidaridad social, prevalencia del interés general, democracia participativa y pluralista, orden de justicia, libertad e igualdad, soberanía popular, diversidad étnica y cultural de la nación, son entre otros los valores que constituyen lo fundamental de la vida social.

Así vino a concretarse históricamente este reconocimiento a nivel universal, en la Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en los Convenios Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, lo mismo que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, normatividad superior que se recogió en su universalidad en la Carta Política colombiana de 1991.

II

Dentro del anterior esquema axiológico y normativo, los derechos humanos, y entre ellos los fundamentales, vienen a cobrar elevada connotación y obligatoriedad. Los mismos se conciben como valores y medios sin cuyo reconocimiento y eficacia no es posible considerar al hombre como persona digna, de allí que ellos se convierten, además de valores superiores de obligatorio respeto, en medios indispensables y necesarios para tratar al hombre como persona. Es así entonces, que la eficacia y logro de esos derechos se viene a constituir en el constitucionalismo contemporáneo como uno de los “fines esenciales del Estado”, tal como lo reconoce el artículo 2° de la Carta Política, lo cual determina que los mismos estén revestidos en la Ley Fundamental, no solo de una superior jerarquía, sino de un imperio, protección, universalidad y obligatoriedad especiales, que les dan prevalencia, primacía e inviolabilidad. (arts. 2, inc. 2, 5, 53, 85, 86, 93, 94 Const. Pol.).

Luego la propia Carta Política expresa en forma manifiesta en la denominación que da a los Títulos I y II, Capítulo 1, “De los Principios Fundamentales” y “De los Derechos Fundamentales”, todo el valor, jerarquía, esencialidad y carácter que otorga a esos principios y a los derechos. La jerarquización y especial protección que se atribuye a esa normatividad está encaminada a crear y mantener en la vida en sociedad, las condiciones elementales y básicas para asegurar a todos una vida en igualdad, libertad y dignidad.

El bien máspreciado del hombre es su propia existencia (la vida); sin ella ningún otro derecho es posible ni significativo. Pero lo que protege y reconoce la Carta no es la vida como simple fenómeno biológico, sino la “vida digna” o en dignidad, y ello implica necesariamente el entorno que la eleve y dignifique, deviniendo así a surgir la necesaria triade de derechos que constituyen el núcleo clásico alrededor del cual gira la dignidad humana: vida-libertad-igualdad. Por ser valores fundantes del sistema, estos derechos no sólo encarnan derechos subjetivos o sea pertenecientes al hombre como persona, sino también adquieren el valor de principios objetivos, característicos y propios del orden constitucional, que implica la necesidad de su protección y obligatoriedad en muchos casos, más allá del ámbito de la simple subjetividad individual. De esta manera los derechos fundamentales interesan no solo al individuo titular sino también a toda la comunidad, en tanto los mismos se entienden como fines y funciones del Estado y del ordenamiento jurídico en su totalidad.

Pero en la vida en comunidad y de cara a la organización estatal, a la par de los derechos esenciales de vida-libertad-igualdad, cobra especial relieve para hacer real y efectivo el valor de dignidad, el derecho a la seguridad, y dentro de este el de seguridad jurídica. No en vano ya desde Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789, se ubicó dentro de los “derechos imprescriptibles del hombre, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”¹⁹, siendo esta disposición el precedente histórico más claro del actual artículo 5 de la Constitución colombiana, cuando reconoce “la primacía de los derechos inalienables de la persona”.

Así es como el derecho a la seguridad viene a cobrar especial relevancia en el orden a la protección de la dignidad, la vida, la libertad y la igualdad. Sin seguridad material y jurídica de nada sirve la formulación abstracta de derechos, el establecimiento de un Estado de Derecho se tornaría inane e insignificante, pues la incertidumbre, la inseguridad, la variabilidad de las situaciones y por tanto la injusticia,

cundirían, anegándose la vida social y la justicia en un subjetivismo peligroso que propiciaría la inconformidad, la violencia y la guerra civil.

III

Devienen entonces los derechos fundamentales en garantías sustantivas y procedimentales que hacen posible la seguridad material y jurídica, los cuales por su especial significación cobraron ya entre los clásicos desde Beccaría, John Locke y otros, especial valoración e importancia, para constituir la visión demo-liberal de la sociedad fundada en el principio de dignidad humana. La dignidad de la persona no solo está amparada en forma directa por el postulado fundamental que así lo proclama, sino que el mismo se expresa mediante otros desarrollos o porciones del principio de dignidad y que lo materializan y concretan. Precisamente el principio de legalidad del delito y de la pena, es en el campo penal, un desarrollo y aplicación del principio esencial de dignidad humana, pues en este ámbito sólo mediante él se garantiza al individuo ser tratado como persona e innato titular de derechos y garantías. Es así, visto como corolario lógico del principio de dignidad humana, que el principio de legalidad penal cobra especial jerarquía y prevalencia en el ámbito de los valores constitucionales, más aún cuando el mismo tiene innegables y claras vinculaciones con otros derechos como la libertad²⁰, la presunción de inocencia, el buen nombre, etc., que se encuentran íntimamente ligados al principio de dignidad humana.

Ante el abuso de la autoridad y el subjetivismo de los detentadores del poder, surge la limitación garantista del principio de legalidad de los delitos, la pena, el debido proceso y el juez natural. De cara a las penas crueles, inhumanas y a las torturas judiciales, emergieron los valores inmarcesibles de penas limitadas, humanas y dignificantes lo mismo que la proscripción de las torturas y los tratos crueles inhumanos y degradantes.

Las anteriores garantías, al lado de otras como la presunción de inocencia, favorabilidad, irretroactividad de la ley penal, etc., a la vez que derechos, devienen en principios objetivos del ordenamiento constitucional y jurídico, situación que los reviste de una especial connotación, valor jurídico y jerarquía frente a otros valores del mismo ordenamiento, de suerte tal que dado el carácter de “imprescriptibles” o “inalienables”, priman aún sobre otros constitucionales que reconocen y reglamentan otros derechos y garantía.

Así como en el Estado Constitucional de Derecho las normas sobre Principios y Derechos Fundamentales consagrados en la Carta Política (arts 1 a 41 C.Pol.) tienen primacía sobre otros textos constitucionales, de igual manera en el entorno de los derechos fundamentales se reconoce también una jerarquía especial a determinados principios, lo cual hace que estén revestidos de mayor peso jurídico y aún respecto de otras normas fundamentales. Así ocurre con los derechos y garantías de legalidad del delito y de la pena, debido proceso y derecho a la defensa, derecho a un recurso ante los tribunales competentes, que desde la preceptiva de los pactos y convenios internacionales sobre derechos humanos se consideran como principios de mayor jerarquía.

Lo anterior se explica como desarrollo del principio nuclear de la Carta de “la dignidad humana”, y de la propia naturaleza de las garantías materiales y formales encaminadas a hacer viable y real el principio basilar. La consideración de todo hombre como persona, la dignidad humana, la libertad, en una palabra los derechos fundamentales, no sólo se consideran prejurídicos sino aún preestatales y por tanto vinculan y limitan al legislador ordinario y al juez; es más, en el ámbito constitucional existen derechos y prohibiciones absolutos cuya violación o desconocimiento hace a la norma o al acto que los desconoce inexistente o inaplicable, tal es el caso de los derechos a no ser torturado, a no ser desaparecido, a no ser sometido a esclavitud, los cuales no admiten ni suspensión o limitaciones, por tanto

cualquier decisión o acto jurídico que los vulnere deviene en nulo o inexistente.

IV

La Carta Política de 1991, siguiendo el modelo de Estado Democrático de Derecho, ha incorporado a su texto las principales garantías y principios del Derecho Penal, y especialmente en el artículo 29, luego de relacionar el debido proceso, enuncia como uno de los principios fundamentales el de legalidad del delito y de la pena. En el contexto del Capítulo de los derechos fundamentales, la Carta incorporó también la prohibición de agravación desfavorable de la pena impuesta cuando “el condenado sea apelante único” (art. 31 inc. 2°).

El problema que ahora se plantea es determinar si la prohibición de reforma peyorativa tiene aplicación aún frente a una sentencia ilegal o ante el desconocimiento del principio de legalidad, o sea, si aún frente a una sentencia condenatoria que desconozca el tipo aplicable o la pena que la ley impone, prima el principio de la prohibición al superior para que no pueda agravar la pena cuando el condenado sea apelante único. De ser positiva la respuesta significaría no otra cosa que la prevalencia de la prohibición de reforma peyorativa sobre el principio de legalidad:

Como se ha dicho con antelación, el constitucionalismo actual prevé que aun dentro de las normas que regulan derechos fundamentales existen unas de mayor jerarquía por cuanto contienen disposiciones que constituyen la base, la esencia o el punto de partida del sistema constitucional de Estado Democrático Social y de Derecho, y de los postulados de valor en que este se sustenta²¹.

Así ocurre por ejemplo con el principio de dignidad humana que a la vez que “derecho fundamental” es también “principio”, es decir, que no solo se ha establecido en beneficio de la persona concreta, sino como punto de inicio, base o umbral del sistema de Estado Constitucional de Derecho, y por tanto se edifica en garantía de toda la

sociedad:

“Los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. De aquí se deriva el hecho de que toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir del hilo conductor de los principios. La movilidad del sentido de una norma se encuentra limitada por una interpretación acorde con los principios constitucionales.”²²

Para nosotros el principio enuncia o encierra el contenido que las normas deben tener, por eso el principio gobierna el contenido de las normas que lo desarrollan o aplican; los principios vinculan y deben prevalecer sobre la normatividad y se imponen al aplicador de la ley. Las llamadas normas rectoras del derecho penal, son la decantación positiva de los principios ya especificados, formulados y concretados en el sistema de la ley penal²³, normas que siendo legales, prevalecen sobre las demás de la ley penal, por ser desarrollo, aplicación y concreción de principios más generales y universales de rango supralegal. La idea que sustenta que los principios no son vinculantes no parece aceptable pues desconoce la supremacía de los principios universales del derecho establecidos en Convenios Internacionales y reconocido en la Carta Política, art. 93, así como la supremacía y obligatoriedad del *jus cogens* o derecho de gentes, aunque aquí téngase en cuenta que el término principio no se utiliza como sinónimo de “principios generales del derecho” a que se refiere el art. 230 de la Constitución.”²⁴

Al interior del sistema penal se advierte similar situación: el “fundamento” del sistema punitivo es la dignidad humana (art. 1° C.P.), en tanto que la norma rectora o principio central, pie edificante de toda la estructura punitiva del Estado, es el principio de “legalidad del delito y de la pena”, que a la vez que derecho fundamental establecido

a favor de las personas, también es una garantía general que caracteriza desde la perspectiva constitucional el sistema penal. El principio es el inicio, aquello que se constituye en el pie o el punto de partida de algo, y a partir del cual devienen otras aplicaciones más concretas; el principio es un antes del sistema o sea un valor antelado a un desarrollo posterior; y por eso informa y se convierte en línea directriz u orientación axiológica, política y jurídica del sistema que se desarrolla a partir de él. Por tanto, el principio debe regir para el legislador como para el intérprete y aplicador de la ley, pues el mismo informa y penetra con su fuerza ideológica toda disposición penal lo mismo que la concreta aplicación del sistema punitivo a un caso concreto.

No hay duda que en materia del sistema punitivo, el principio de legalidad es el cimiento, base y umbral de toda la estructura formal punitiva. Históricamente fue este postulado, surgido luego de un largo proceso histórico, el que dio identidad y nacimiento al advenimiento de un nuevo orden de cosas en el ámbito de los delitos y las penas, pues a partir de su instauración definitiva la historia se parte en un antes y un después del mismo, y por tanto se constituye en el alma misma de la edificación político-conceptual. A partir del principio de legalidad se construye el actual sistema de Derecho Penal: no puede haber delito sin ley previa que lo defina, como no puede imponerse pena sin que la misma aparezca previamente establecida en disposición legal; por tanto, estas dos consecuencias del postulado de legalidad resultan necesarias e indispensables para que alguien pueda ser condenado como responsable de un hecho punible.

Pero el principio de legalidad penal, *nulla poena sine lege*, que como se ha dicho se establece en garantía de las personas y de la sociedad, no sólo comprende un límite imperativo para el poder punitivo del Estado (*ius puniendi*) legislador, y que se concreta en la necesidad de una norma legal que defina el delito y la pena, sino que también comporta un límite y una obligación para el juez sobre el cual recae la obligación constitucional y legal de aplicar con exclusividad la norma típica a la cual se adecúa la conducta realizada, y la pena que establece la ley. Como principio básico y

fundamental del sistema penal, el principio de legalidad se proyecta en la legalidad del delito, legalidad de la pena y de la medida de seguridad, legalidad del debido proceso, legalidad del juez competente y legalidad de la ejecución de la pena.

Pero en cuanto a exigencia constitucional y legal de la preexistencia de una ley que defina el delito y la sanción, la decantación y evolución constitucional del principio lo ha precisado bajo las exigencias que del mismo emanan como postulados: la ley penal debe ser escrita, estricta, previa y cierta, esto es scripta, stricta, praevia y certa, según la expresión latina. Precisamente el carácter estricto del principio de legalidad conlleva la exigencia rigurosa de su aplicación, vale decir, que exige que el delito y la pena aplicables sólo pueden ser aquellos que precisamente la ley ha establecido en forma previa y precisa para el acto realizado.

V

Consecuentemente: si no se aplican la ley y la pena legalmente establecidas para el hecho, se vulneraría la Constitución y de esta manera el principio legalidad. De cara a una sentencia que en estricto sentido vulnere el principio de legalidad del delito y de la pena, no puede operar la prohibición de no reforma peyorativa frente al apelante único, pues de lo contrario se estaría convalidando una flagrante violación no sólo a la Carta Política, sino al principio fundante de legalidad, el cual siendo el de mayor jerarquía constituye el punto de partida para las sentencias judiciales y respecto de las cuales en caso de ser condenatorias y recurridas por el procesado, se predica o refiere la prohibición de reforma peyorativa.

Demuestra la mayor jerarquía y prevalencia de que está jurídicamente investido el principio de legalidad, su positivación expresa tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15), como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9), lo que no sucede con la prohibición de reforma desfavorable de la

sentencia cuando el condenado es apelante único, sin que escape a nuestra consideración que la Constitución Política incorporó expresamente la prohibición de reforma peyorativa con el siguiente texto: “El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único” (art. 31 Inc. 2° C.Pol.), no obstante lo cual cuando la sentencia desconoce la [Constitución Política](#) por inaplicación del principio de legalidad de la pena, no se está agravando la sanción si el superior corrige el error y en lugar de la pena equivocada, declara y pone de manifiesto la pena aplicable según la ley.

Así por ejemplo: si el juez por error condenara al procesado a la pena principal de arresto (inexistente en el Código Penal), omitiendo aplicar la pena de prisión, o le irroga una cantidad de pena por fuera de los límites mínimos o máximos, resulta evidente que tal error debe enmendarse por el superior toda vez que en estricto rigor ello no implica agravar la pena al apelante único, sino declarar la pena que la ley establece para el caso concreto, como ocurre diaria y uniformemente con penas que desbordan máximos legales²⁵ y cuando no se explicita la pena intemporal que tipifica el art. 122 Const. Pol. y el superior sí lo hace aún mediando apelante único:

“Tratándose de una inhabilidad, es decir, de una situación que le impide a una persona ejercer, obtener o conservar un empleo, oficio, cargo o ventaja, bien podría sostenerse que opera de pleno derecho, con la sola condición de que, como lo precisa la Ley 734 del 2002, el supuesto fáctico –que la conducta objeto de sentencia condenatoria constituya un delito doloso contra el patrimonio del Estado- se haga explícito en el fallo que declara la responsabilidad penal.

En este sentido, para la aplicación de esa restricción sería irrelevante que la consecuencia del comportamiento ilícito –la inhabilidad intemporal- se expresara o no en la correspondiente sentencia, pues en todo caso “el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de

funciones públicas” como reza, se repite, la norma que se comenta.

Que la circunstancia impediende opere de pleno derecho, implica que rige aunque no se declare. Hacerla expresa en este caso, en el que el señor TRUJILLO SCARPETTA ha sido condenado por delitos dolosos contra el patrimonio del Estado, no significa entonces agravar su situación sino ponerla de manifiesto, de manera que no podrá afirmarse que respecto del recurrente único se ha desconocido la prohibición de reforma peyorativa”²⁶.

A nuestro juicio es claro que siendo la Constitución “norma de normas” y sus preceptos de obligatorio cumplimiento por los jueces de la República, la prohibición prevista en el inciso 2° del artículo 31 de la Carta, presupone una decisión judicial condenatoria respetuosa de la Constitución y de la Ley, esto es, una fallo proferido en acatamiento del principio de legalidad, pues de lo contrario una aberrante vulneración a la propia Carta Política y a los principios más esenciales de dignidad y legalidad, se podría convalidar al amparo de la no reformatio in peius.

Cordialmente,

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado

Fecha ut supra

1 C. orig. N° 1, fols. 61-63.

2 C. orig. N° 1, fols. 117-120.

3 C. orig. N° 1, fols. 190-195.

4 C. orig. N° 1, fols. 230-242.

5 C. orig. N° 2, fols. 3-10.

6 "...sin excepción alguna, desde 1969 con la ley 38, posteriormente el decreto 2503 de 1997, el decreto 624 de 1989, la ley 383 de 1997, la ley 488 de 1998 hasta llegar a la ley 633 de 2000, esta última difiere radicalmente de las anteriores tributarias."

7 Pronunciamiento ratificado por la CORTE CONSTITUCIONAL, Sents. C-129 y C-652 de 2003.

8 De la CORTE CONSTITUCIONAL cita las Sents. C-592 de 2005, C-619 de 2001 y C-200 de 2002; y de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, el Auto del 30 de noviembre de 2006, rad. N° 25.825.

9 "Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables. Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas: (...)

5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica."

10 "Artículo 401. Circunstancias de atenuación punitiva. (...)

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte."

11 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Auto del 30 de noviembre de 2006, rad. N° 25.825.

12 La fijación de este parámetro, omitido por los juzgadores, se encuentra en el artículo 39, numeral 1º del Código Penal de 2000.

13 El texto siguiente: “Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma”, fue la única derogatoria declarada expresamente en el artículo 21 de la Ley 1066 de 2006.

14 C. orig. N° 1, fol. 148.

15 CONRADO HESSE, Constitución y Derecho Constitucional, en Manual de Derecho Constitucional, Edit. Marcial Ponds, Madrid, 2001, pág. 6.

16 INMANUEL KANT, Antropología práctica, Edit. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 4 s.s.

17 JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, La dignidad de la persona humana, Edit. Civitas, Madrid, 1986, pág. 23 s.s.

18 LUIS LEGAZ y LACAMBRA, La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre, Revista de Estudios Políticos, núm. 55, pág. 15, cita de González Pérez, La dignidad de la persona humana. pág. 23.

19 Arts. 2 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

20 ERNESTO BENDA, Dignidad humana y derechos de la personalidad, en Manual de Derecho Constitucional, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 123.

21 Además: “Los últimos desarrollos de la concepción de Alexy ponen de manifiesto que la ponderación es concebida de un modo particularista. Según Alexy, podemos dividir el grado de afección a un derecho determinado en tres rangos: leve, medio y grave. Como es obvio, estos grados de afección son relativos al contexto establecido por el caso concreto. De ello resulta lo siguiente: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde –si entiendo bien la propuesta de Alexy- el legislador goza de discreción para afectar uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas”. JUAN JOSÉ MORESO, Constitución y derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pág. 482.

22 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. T-406 de junio 5 de 1992. “En materia de derecho los principios son preceptos de valor que implican la adopción de formas de solución universales que deben ser aplicadas en cada caso concreto, por lo mismo el principio rige y sobredetermina una forma de ser de otras normas respecto de las cuales es su soporte, aplicación o desarrollo, en este sentido el principio rige y prevalece”. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Principios y normas rectoras, pág. 5.

23 FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Derecho Penal, Edit. Temis, Santa fe de Bogotá, 1994, pág. 219.

24 JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, Tratado de Derecho Penal, T. I pág. 479.

25 “Acorde con la normativa sustancial por la que se rige el presente asunto, cuando la pena de interdicción de derechos y funciones públicas se impone como accesoria a la de prisión, su tiempo de duración debe ser igual a ésta, sin que pueda exceder de 10 años, según lo establecen los artículos 44 (modificado por el 28 de la ley 40 de 1993 y luego por

el 3º de la ley 365 de 1997) y 52 del Código penal de 1980 aplicable al caso. El procesado ANTONIO MARÍA CARDOZO CASTRO fue condenado a la pena privativa de la libertad de veintiocho (28) años, nueve (9) meses, quince (15) días de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas “por el término de veinte (20) años que es el máximo permitido en la Ley Art. 51 inciso final del Código Penal vigente”, pena esta última que supera en diez (10) años la legalmente aplicable. Con el fin de salvaguardar el principio de la legalidad de las penas, establecido en el artículo 29 de la Carta Política, la Corte hará uso de la facultad otorgada por el artículo 216 del estatuto Procesal de 2000, para corregir oficiosamente este desacierto”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Rad. 21.305.

26 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Rad. 20.944, Mag. Pte., Dr. ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN. “El principio de legalidad de la pena es una garantía para el procesado, y también para la sociedad, en el sentido de que el Estado impondrá las que hayan sido estatuidas previamente a la realización de la conducta punible, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados en el ordenamiento jurídico, sin que se puedan imponer penas por arbitrio o imaginación del juez, que no respeten los parámetros legales, con quebranto de la igualdad y de la seguridad jurídica”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Rad. 25.385, Mg. Pte., Dr. ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN. Agréguese que el olvido, el error o el delito judicial no pueden crear derechos, como tampoco la negligencia de la Fiscalía o de la Procuraduría para recurrir, que a menudo se trae como criterio de convalidación de esos fraudes a la Constitución y a la Ley válida.