

Proceso No 24108

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.83

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil siete (2007).

VISTOS

Decide la Sala la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de debida argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor de SONIA CECILIA CAMACHO PINO, contra el fallo del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá que confirmó el emitido por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de esta ciudad, por cuyo medio la condenó como autora penalmente responsable de peculado por apropiación, falsedad material de servidor público en documento público, y falsedad ideológica en documento público.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

“Entre diciembre de 1995 y marzo de 1997, SONIA CECILIA CAMACHO PINO, trabajadora social de la Corporación General Gustavo Matamoros D’Acosta, entidad adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, elaboró y adulteró varios documentos, como certificados de estudio de colegios y universidades, recibos de pago, etc., que fueron incorporados a la carpeta de antecedentes de Martha Lilia García Boada, viuda del agente

de la Policía Nacional Luís Alfonso Cataño, para obtener el cobro del auxilio educativo que dicha institución les otorga a sus beneficiarios, razón por la cual la corporación, a instancias de CAMACHO PINO, ordenó el giro de \$ 1'743.500, suma que fue cobrada por una persona distinta a Martha Lilia García Boada el 4 de marzo de 1996".¹

Escuchada en indagatoria SONIA CECILIA CAMACHO PINO, la situación jurídica le fue resuelta de manera provisional el 18 de mayo de 2000, con detención preventiva, sin excarcelación, por los delitos de peculado por apropiación y falsedad material de servidor público en documento público, medida cautelar que después le fue sustituida por detención domiciliaria.

Clausurado el ciclo instructivo el mérito probatorio del sumario fue calificado el 6 de septiembre de 2000 con resolución de acusación contra CAMACHO PINO, como autora de peculado por apropiación, falsedad material de empleado oficial en documento público y falsedad ideológica en documento público (artículos 133, inciso segundo, 218 y 219 del Decreto Ley 100 de 1980), pliego de cargos que adquirió firmeza el 23 de octubre siguiente, al desatarse la apelación interpuesta por el defensor de Gloria Patricia Usme Villegas, acusada en relación con los mismos hechos por peculado culposo, conducta por la que en segunda instancia le precluyeron la investigación.

La causa la adelantó el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá, despacho que el 29 de junio de 2004 dictó sentencia contra CAMACHO PINO por los delitos objeto de la acusación, y la condenó a la pena principal de treinta (30) meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, le impuso la obligación de pagar por daños y perjuicios el equivalente a cien gramos oro, y le otorgó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Para dosificar la sanción el a-quo, observando el marco punitivo previsto para el peculado por apropiación de conformidad con el inciso segundo del artículo 133 del decreto

Ley 100 de 1980, partió de veinticuatro meses, guarismo que incrementó en seis meses por el concurso de conductas punibles, obteniendo así la pena finalmente impuesta.

El fallo fue apelado por el instructor, para que se revisara la dosificación de la pena, al considerar que no se ajustaba a la legalidad; y por el defensor, quien solicitó, de una parte, la nulidad por diversas irregularidades, y de otra, absolución debido a insuficiencia de la prueba para acreditar la participación de la acusada en las conductas punibles atribuidas, recurso que el Tribunal Superior de Bogotá resolvió el 15 de febrero de 2005, accediendo, únicamente, a la pretensión del fiscal.

En tal virtud, señaló el Tribunal que el marco punitivo previsto en el inciso primero del artículo 133 del derogado Código Penal, reducido de la mitad a las tres cuartas partes, según el inciso segundo del mismo precepto, arrojaba un campo de movilidad de tres años, a tres años y nueve meses, luego ciertamente el a-quo había violado el principio de legalidad de la pena al partir de una pena individualizada de veinticuatro meses.

En consecuencia, para “corregir” tal desafuero, el ad-quem partió de treinta (30) meses, los cuales incrementó por el concurso en una cuarta parte, acogiendo el criterio del a-quo, y así ajustó las penas principal y accesoria a treinta y siete meses y quince días, revocó la condena de ejecución condicional, ordenó la captura de la procesada y concedió la sustitución de la prisión por prisión domiciliaria.

En el término de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia el defensor presentó escrito solicitando su corrección, porque en la operación para modificar objetivamente los extremos punitivos señalados en el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, inciso primero, en atención a la cuantía del peculado de conformidad con el inciso segundo, se habría incurrido en error pues estos quedaban en prisión de un año y seis meses, a siete

años y seis meses, y por lo tanto la pena por imponer a la acusada sería inferior a la concluida por el a-quo y el ad-quem, haciéndose merecedora a la condena de ejecución condicional.

Con base en lo anterior, el Tribunal Superior de Bogotá, el 29 de marzo de 2005, invocando los artículos 15 y 16 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), accedió a lo solicitado por la defensa, puntualizando lo siguiente:

“En el caso que centra el interés del Tribunal, no hay duda de que en la sentencia de fecha 15 de febrero de 2005 se cometió un error con la revisión del proceso de dosificación punitiva (tratado en los acápites correspondientes al numeral 4° del apartado intitulado “Consideraciones de la Sala” –folios 11 y siguientes del cuaderno original del ad-quem) que no obedeció a una equivocada interpretación o desconocimiento sobre la fijación de los límites punitivos aplicables, sino a una incorrecta operación respecto de los factores sometidos a reducción, pues en lugar de aplicar la rebaja de las tres cuartas partes al mínimo de la pena imponible y la de la mitad al máximo (tal como ha sido siempre el criterio de esta Sala de Decisión Penal) lo hizo a la inversa, equivocación que repercutió en aspectos necesariamente vinculados con el objeto de apelación, como quiera que, si se hubiera realizado la operación correctamente, quedando la pena más grave por imponer de 1 año y 6 meses a 7 años y 6 meses de prisión, no habría conclusión distinta a la de confirmar la sanción impuesta por el a-quo (toda vez que la pena de 24 meses de la que partió se encuentra efectivamente dentro de los límites legales) y por ello mismo tampoco se hubiera revocado la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

“Teniendo en cuenta además que existe la imperiosa necesidad de corregir el acto irregular, y que en todo momento se deben garantizar eficazmente los derechos fundamentales de SONIA CECILIA CAMACHO PINO (a quien por una errónea decisión se le está afectando su derecho a la libertad), el Tribunal concederá la corrección solicitada

por el señor defensor y, por lo tanto, revocará los numerales 2°, 3° y 4° del fallo 15 de febrero de 2005 (relativos a la modificación de la pena, la revocatoria de la suspensión, la orden de captura, y la concesión de la prisión domiciliaria), quedando incólumes los numerales 1° y 5°, es decir, el que niega las nulidades invocadas y el que confirma la sentencia recurrida en lo que fue materia de apelación, bajo el entendido de que este último punto incluye la impugnación del fiscal en lo que atañe a la pena proferida por el a quo”.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso recurso extraordinario de casación el defensor de CAMACHO PINO.

LA DEMANDA

El actor propone un cargo con fundamento en el artículo 220, numeral 3, del Decreto 2700 de 1991 (hoy Ley 600 de 2000, artículo 207), aduciendo que en su condición de nuevo defensor de la acusada esa es la única alternativa de impugnación.

En sustento, señala que la fundamentación del fallo debe estar ligada a un juicio expreso y asertivo sobre los hechos, más no hipotético, y en el presente asunto fue impreciso y contradictorio porque simplemente en los fallos se enunciaron las pruebas, desconociendo su evaluación y discusión.

Destaca que en las paginas 12 a 17 de la sentencia de primera instancia, en el acápite dedicado a la responsabilidad se omitió la evaluación y discusión de las pruebas, toda vez que no se expresa el mérito otorgado a cada una; para ilustrar tal afirmación transcribe, en extenso, las consideraciones plasmadas por el a-quo en las páginas 18 a 21 de la sentencia, así como lo puntualizado por el ad-quem acerca del mismo aspecto en las páginas 7 y 8 del fallo de segundo grado.

Puntualiza que la sentencia no es de libre redacción, sino que debe ceñirse a los

lineamientos previstos en el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), y agrega que con enunciar y resumir las pruebas allegadas al proceso en la sentencia de primera instancia, y dar cátedra en la de segunda acerca de la sustentación de la apelación, no es suficiente para concluir que los juzgadores motivaron sus fallos, porque en tales decisiones no se presentó análisis de los alegatos ni valoración jurídica de las pruebas.

Precisa que esa falta de motivación, de acuerdo con doctrina y jurisprudencia, desconoce el debido proceso y conlleva a la nulidad porque la procesada quedó sin la garantía de saber las razones jurídicas tenidas en cuenta para el advenimiento del fallo condenatorio y por lo mismo sin posibilidad de atacarlo.

Luego, el libelista indica que en el aspecto fáctico no está probado que los auxilios suministrados por la “Corporación General Gustavo Matamoros D’Acosta” tenían que ser girados a las entidades educativas donde adelantarán estudios los beneficiarios y por lo tanto esa conclusión tomada como punto de partida en los fallos es hipotética, al extremo de constituir una simple suposición, es decir, no hay certeza acerca de tal aspecto por ausencia de un manual de funciones a seguir por parte de los empleados.

Para corroborar tal afirmación transcribe un fragmento del testimonio rendido en audiencia pública por Jorge Alberto Varón Narváez, de quien dice fue el creador del manual de funciones de la aludida Corporación, y agrega que para la época de los hechos ese documento no había sido presentado por aquél.

También asegura el censor la trasgresión de principios de lógica y sentido común, al concluirse la participación de la acusada en la defraudación por el hecho de que de su puño y letra aparezca una nota autorizando girar el auxilio directamente a la beneficiaria, o que participó en las gestiones de trámite y adelantamiento del referido auxilio, cuando la experiencia enseña que si ella hubiera querido intervenir en los delitos no habría

dejado rastro alguno, como el señalado en las sentencias.

Resalta que en la actuación está probado que dentro de las labores que le correspondían a la acusada en la Corporación, no estaba la de autorizar el giro de los auxilios a los beneficiarios, y que tal función, como la del estudio y aprobación del beneficio económico, le correspondía a la directora de la entidad, aserto que respalda con la transcripción de apartes de las declaraciones rendidas en audiencia pública por Sara Consuelo Ortiz Murillo y Gloria Nayibe González Molano.

Para terminar, el demandante afirma que si en las sentencias no se hubieran omitido el "...debido análisis, evaluación y discusión de las pruebas relacionadas en párrafos anteriores, así como su mérito conclusivo...", la decisión final habría sido favorable a la procesada, razón por la que solicita casar el fallo impugnado y reemplazarlo por una sentencia absolutoria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte ha insistido, y lo reitera una vez mas, en que la demanda de casación difiere ostensiblemente de un alegato de instancia, porque requiere una presentación lógica adecuada a cada una de las causales legalmente establecidas, con el respectivo desarrollo de los cargos que por vicios in procedendo o in iudicando se denuncien y la demostración de su trascendencia en la parte dispositiva del fallo impugnado, ya que la pretermisión de estos requerimientos mínimos, como ocurre en el presente evento, condena la censura a su rechazo.

Es verdad sabida que la motivación de la sentencia hace parte o integra la garantía constitucional al debido proceso (artículo 29 C. P.), y se traduce en el derecho que le asiste a los sujetos procesales de conocer los supuestos fácticos, las razones probatorias concretas y los juicios lógico jurídicos sobre los cuales el fallador construye la declaración de justicia contenida en su decisión, prerrogativa que a su vez hace posible ejercer

control sobre el proceso, pues permite identificar los puntos que son motivo de discrepancia, a efectos de dinamizar los mecanismos de impugnación establecidos por el legislador.

De lo anterior se desprende como carga del operador jurídico, no solo en la sentencia, sino en las providencias que resuelvan aspectos sustanciales, referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales (Ley 270 de 1996, artículo 55), con indicación expresa y concreta de las razones fácticas, jurídicas y probatorias que respaldan el sentido del pronunciamiento.

El numeral 4° del artículo 170 de la Ley 600 de 2000 (Decreto Ley 2700 de 1991, artículo 180) señala que en toda sentencia debe hacerse un análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en la que el juez ha de fundar su decisión, mandato que constituye reiteración de las fuentes Constitucional y Estatutaria de las que dimana la obligación a cargo del fallador de motivar adecuadamente sus decisiones.

Ahora bien, cuando en casación se aspira a quebrar el fallo por la trasgresión del debido proceso a consecuencia de vicios en la fundamentación de la sentencia, al recurrente le corresponde precisar qué aspectos de la apelación, o cuáles inescindiblemente vinculados a ésta, no resolvió el superior jerárquico, y si tales defectos ocurrieron a consecuencia de alguna de las siguientes situaciones decantadas por la jurisprudencia² como causa enervante por falta de motivación de la sentencia:

- 1) Ausencia absoluta de motivación, que se presenta cuando el fallador no expone las razones de orden probatorio ni los fundamentos lógico jurídicos en los cuales sustenta su decisión;
- 2) Motivación incompleta o deficiente, la cual se configura al omitir el juzgador el análisis de alguno de aquellos dos aspectos, o porque los motivos aducidos son insuficientes para identificar las causas en las que se sustenta el fallo, o porque se dejan de examinar los

alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales para resolver el problema jurídico concreto;

3) Motivación ambivalente o dilógica, que se presenta cuando el juez incurre en contradicciones en la parte motiva que impiden desentrañar el verdadero sentido de la sentencia o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación finalmente adoptada en la resolutive; y

4) Motivación falsa o sofística, la cual tiene lugar cuando a través de una valoración incompleta o deformada de la prueba se construye una realidad diferente al factum, el juez se aparta abiertamente de la verdad probada, para llegar así a conclusiones abiertamente equívocas.

Las tres primeras constituyen errores in procedendo y son enjuiciables a través de la causal tercera de casación, en tanto que la última, como vicio de juicio o in iudicando, es atacable por vía de la causal primera cuerpo segundo.

Para evaluar un cargo por la primera de las modalidades señaladas, que es a la que se refiere el demandante, es preciso tener en cuenta que no es lo mismo que la sentencia adolezca de defectos de motivación, por ausencia absoluta de las razones de orden probatorio y jurídico que soportan la decisión, a que la argumentación traída por el fallador no satisfaga las expectativas del sujeto procesal que la tilda de inadecuada, desacertada o insuficiente en su fundamentación fáctica, jurídica o probatoria, hipótesis que se refleja precisamente en el ataque elevado por el demandante en este asunto.

En efecto, en el caso debatido, no obstante el esfuerzo del censor encaminado a señalar que los juzgadores de instancia no expusieron con claridad los fundamentos probatorios y jurídicos para dar por demostrados los elementos objetivo y subjetivo de las conductas que a título de autora se enrostraron a la procesada, observa la Sala que de las

transcripciones parciales de los fallos de primera y segunda instancia hechas por el censor, lo que terminó demostrando éste es que sí hubo un análisis de los motivos por los cuales se encontraron tipificados los delitos de peculado por apropiación, falsedad material de servidor oficial en documento público y falsedad ideológica en documento público, así como de las razones en que se fundamentó la responsabilidad de la acusada.

Obsérvese cómo es el propio demandante quien reconoce que los falladores sustentaron la responsabilidad de la acusada "...con base en el normal desarrollo laboral, esto es, el trabajo cotidiano que desarrollaba SONIA CECILIA CAMACHO PINO en la corporación...", circunstancia que para el actor es "equivoca" pues, según él, a su cliente no le correspondía autorizar el giro de los dineros a los beneficiarios, y el estudio de los documentos y aprobación de los auxilios era exclusivo de la directora ejecutiva de la "Corporación General Gustavo Matamoros D'Acosta".

Sin embargo, el libelista reconoce como hecho probado que la procesada, de su puño y letra, colocó una nota autorizando el giro del cheque por el valor del auxilio directamente a favor de la beneficiaria, y cuestiona que de tal circunstancia se haya inferido la participación de ella en el peculado y en los atentados contra la fe pública, ya que en su opinión con tal valoración "...se transgredieron los principios de la lógica, del sentido común...", toda vez que "...las reglas de la experiencia nos enseñan que si la procesada quería participar en alguno de los delitos por los que fue condenada, no hubiera dejado rastro alguno como el señalado en las sentencia, su grafía. Es obvio concluir que si SONIA CECILIA CAMACHO PINO pensaba defraudar a la corporación, no iba a participar activamente en la falsificación de documentos".

Además asevera que al no estar demostrado, a través de un manual de funciones, que era obligación girar los auxilios suministrados por la aludida Corporación a las entidades educativas indicadas por los beneficiarios, el reproche realizado en los fallos a la enjuiciada por la nota que estampó carece de fundamentos y estaría basado en una conjetura o en

una hipótesis.

Por parejo expresa su descontento porque las declaraciones de Jorge Alberto Varón Narváez, Sara Consuelo Ortiz Murillo y Gloria Nayibe González Lozano, no fueron objeto de un "...debido análisis, evaluación y discusión...", ya que en su opinión estos testimonios aportaban circunstancias favorables a la acusada.

Tales alegaciones lo que dejan al descubierto, es que el actor no comparte es la valoración probatoria contenida en los fallos, propósito que se torna más evidente cuando afirma que en el proceso no hay elementos probatorios para imputar responsabilidad a su cliente en los delitos endilgados, razón por la que solicita casar la sentencia y reemplazarla por un fallo absolutorio.

Debió entonces proponer el censor, para guardar coherencia con su pretensión, la violación indirecta de la ley sustancial al amparo de la causal primera, ya por falta de aplicación ora por aplicación indebida, y capitalizar los yerros que insinúa en la estimación del conjunto probatorio por parte del los falladores, en procura de demostrar la ocurrencia de falsos juicios de identidad, o falsos juicios de existencia por supresión, o falsos raciocinios por desconocimiento de los postulados de la sana crítica, especies de errores de hecho a los que alude el censor, pero sin un desarrollo técnico completo y ajustado a las exigencias de cada modalidad de dislate.

Frente al manifiesto desacierto en la proposición del cargo, se hace necesario una vez más recordar que el recurso de casación es en esencia un juicio técnico, de crítica vinculante, que se emite acerca de la legalidad de la sentencia, y por ello no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo.

Los principios de sustentación suficiente, limitación, crítica vinculante, autonomía de las

causales, coherencia, no exclusión y no contradicción, ha sido dicho por la Corte, en cualquier régimen gobiernan la casación. Los dos primeros (sustentación suficiente y limitación), derivan del carácter dispositivo del recurso, e implican que la demanda debe bastarse a sí misma para propiciar la invalidación del fallo, y que la Corte no puede entrar a suplir sus vacíos, ni a corregir sus deficiencias.

El de crítica vinculante, presupone que la alegación debe fundarse en las causales previstas taxativamente por la misma normatividad, y que se somete a determinados requisitos de forma y contenido, dependiendo de la causal invocada. Y los de autonomía, coherencia, no exclusión y no contradicción, implican que el discurso debe mantener identidad temática, y ajustarse a los requerimientos básicos de lógica general y lógica jurídica.

La inobservancia de esos requerimientos, como ocurre en el presente caso, impide la demostración clara y contundente de uno cualquiera de los yerros previstos por el legislador como motivo enervante del fallo, y veda a la Corte su avance hacia el estudio de los fundamentos fácticos o jurídicos de la sentencia atacada.

Lo anterior en atención al principio de limitación, y dado el carácter rogado y dispositivo de la casación, en virtud de lo cual las deficiencias del libelo no pueden ser enmendadas, ni asignarse otro sentido a la expresa pretensión del demandante, la cual debe tener un objeto preciso, claro, definido y coherente, reitérase, regido por causales específicas señaladas por la ley, con cargos que han de adecuarse a estas, y que se deciden en una nueva sentencia, diversa en objeto y contenido de la que se profirió por los falladores de primero y segundo grado.

Finalmente, no sobra precisar que la Sala de Casación Penal no observa que con ocasión del trámite procesal o en el fallo impugnado, se haya materializado violación de derechos o garantías de la procesada SONIA CECILIA CAMACHO PINO, como para que se haga

necesario el ejercicio de la facultad legal oficiosa que le asiste a fin de asegurar su protección.

Y oportuno se presenta destacar que en razón del equivocado proceso de dosificación punitivo realizado por los falladores de primero y segundo grado, en definitiva la acusada quedó cobijada con una pena privativa de la libertad inferior a la que legalmente le correspondía, toda vez que como se trataba de un concurso material heterogéneo de conductas punibles, una vez establecidos los extremos máximo y mínimo de la sanción para cada una, se debió individualizar ésta con base en el marco punitivo para cualquiera de los atentados contra la fe pública concurrentes (prisión de 3 a 10 años) por ser los mas severos, ya que el peculado, en razón de la cuantía, arrojaba una franja dosimétrica inferior (1,5 a 7,5 años).

En consecuencia, partiendo del mínimo —que incluso no fue el que tuvo en cuenta el a-quo al tomar como base de la tasación la pena del peculado atenuado por la cuantía—, esto es, de treinta y seis (36) meses, el incremento por el concurso debió ser equivalente a la cuarta parte, según el criterio fijado por el juez de primer grado, lo cual habría arrojado una pena mínima legal de cuarenta y cinco (45) meses de prisión, y no de treinta (30) meses a los que finalmente quedó condenada la acusada.

Sin embargo, acorde con la variación del criterio jurisprudencial de la Sala en este tema, la prohibición de la reforma peyorativa prima frente al principio de legalidad, como quiera que ninguno de los sujetos procesales con interés para hacer prevalecer los intereses del Estado en este punto, dígase el Ministerio Público o el Fiscal, recurrió el fallo de segundo grado reclamando la imposición de la pena legal, quedando por lo tanto impedida la Corte para enmendar el desacierto evidenciado.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de la procesada SONIA CECILIA CAMACHO PINO, contra la sentencia de origen, fecha y naturaleza consignados, de acuerdo con las razones expuestas en esta providencia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aclaración de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aclaración de voto

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el debido respeto por la posición de la mayoría de la Sala, debo aclarar mi voto en el

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Salvamento de voto

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

Aclaración de voto

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

asunto de la referencia en lo que tiene que ver con el principio de legalidad en contraposición a la prohibición de la reforma peyorativa, porque, como bien es conocido por todos, mi criterio ha sido uniforme en cuanto que el principio de legalidad es imperativo por constituir uno de los pilares esenciales del Estado de derecho, de ahí que reitere dichos planteamientos de la siguiente manera:

“El principio constitucional de la separación de poderes es uno de los presupuestos configurativos del Estado de Derecho y por ende un elemento fundamental del orden constitucional, sin el cual ningún funcionario pudiera actuar con legitimidad. Nuestra Constitución lo consagra en el artículo 113 cuando señala:

‘Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

‘Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines’.

Conforme a ello, los órganos del Estado se encuentran separados funcionalmente, pero deben colaborar armónicamente para realizar los fines del Estado (artículos 2 y 365 ídem). Pero como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, la exigencia de colaboración armónica entre los órganos del Estado no puede dar lugar a una ruptura de la división de poderes ni del reparto funcional de competencias, de modo que determinado órgano termine ejerciendo las funciones atribuidas por la Carta a otro órgano. Sobre el punto, ha dicho la Corte Constitucional:

‘Cada órgano del Estado tiene, en el marco de la Constitución, un conjunto determinado de funciones. El desarrollo de una competencia singular no puede realizarse de una manera tal que su resultado signifique una alteración o modificación de las funciones que la Constitución ha atribuido a los demás órganos. Se impone un criterio o principio de

‘ejercicio armónico’ de los poderes, de suerte que cada órgano se mantenga dentro de su esfera propia y no se desfigure el diseño constitucional de las funciones’

La separación de funciones entre los distintos órganos del Estado sirve a su vez de límite al ejercicio del poder, de tal forma que ninguna de las ramas que integran el Estado de derecho puede sustraerse a la sujeción que le debe a la [Constitución Política](#) y a la ley. En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional afirmando que:

‘En un Estado democrático se hace indispensable como garantía de la libertad y de los derechos fundamentales de los asociados, que se ejerzan por distintos órganos y de manera separada las funciones de legislar, administrar y juzgar. De la misma manera, el Estado democrático supone la adopción de recíprocos controles entre las ramas del poder, para que no impere la voluntad aislada de una de ellas. Es, pues, esencial que quien ejerza el poder, a su vez sepa que es objeto de control en su ejercicio. Es esa la razón por la cual al Ejecutivo lo vigila y controla desde el punto de vista político, el Congreso de la República que, además de la función de legislar ejerce como representante de la voluntad popular esa trascendental función democrática. Así mismo, la rama judicial, a su turno, no escapa a los controles establecidos en la Constitución Política. En síntesis, en una democracia, ninguna de las ramas del poder público puede sustraerse a la sujeción que le debe a la [Constitución Política](#) y a la ley. De lo contrario, desaparecería el Estado de Derecho’.

Todo ello permite concluir que en virtud del principio de separación de poderes, el Congreso, la Judicatura y el Ejecutivo ejercen funciones separadas, aún cuando deben articularse para colaborar armónicamente en la consecución de los fines del Estado, y que ésta separación no excluye sino que, por el contrario, conlleva la existencia de mutuos controles, entre ellos, los que impone la Constitución a los jueces, quienes en su ejercicio están sometidos al imperio de la ley, por lo que al tasar las penas, necesariamente, deben hacerlo dentro de los parámetros señalados por la normatividad,

siendo claro que bajo ninguna circunstancia pueden deducir penas por fuera de los mínimos o máximos legales.

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 virtud de lo dispuesto por el artículo 121 de la Carta política, las autoridades públicas sólo pueden ejercer las funciones que le atribuyan la Constitución y la ley, norma esta que armoniza a plenitud con lo dispuesto en el artículo 6º ídem en cuanto en él se establece la responsabilidad de los servidores públicos por infracción de la misma o de las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En ese contexto, cuando el superior jerárquico advierte que se impuso una pena inexistente, o una de las prohibidas constitucionalmente, o se dejó de aplicar la legalmente prevista, o se tasó por fuera de los límites previstos en la ley, se encuentra en la obligación constitucional de adecuar el fallo a la normatividad existente; deber que ha de cumplir el juez de segunda instancia y con mayor celo el de casación, por cuanto una de sus finalidades fundamentales es garantizar la legalidad del proceso.

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 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: ¿por qué 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.’

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 predetermined 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.

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.

Estos principios llevan a sostener que frente a una decisión que se aparta del contenido de la ley, no es posible aducir la existencia 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 mas allá de las cuales la judicatura no puede transitar. Así, por ejemplo, en materia de penas, los límites mínimo y máximo, 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.

El principio de legalidad obliga al juez a aferrarse estrictamente a la norma legal (sea constitución o ley), so pena de que si lo desconoce su conducta sea una clara rebeldía contra el Estado de derecho.

Cuando nos referimos a los mandatos del constituyente (primario o derivado), debemos comprender que en su fuero interno no se concibe nada que esté por fuera de la institucionalidad. Por manera que cuando consagra que no se podrá agravar la pena impuesta, ese mandato le significa al superior o juez de casación la obligación de mantenerse dentro de los límites del fallo impartido en las instancias, entendiendo, desde luego, que lo que el constituyente salvaguarda es la que se impuso conforme a los parámetros legales.

Téngase en cuenta que el constituyente no puede referirse a nada distinto que al marco de la ley, pues si no fuera así, de modo simultáneo crearía un Estado de derecho y a renglón seguido lo borraría, al facultar al juez a que actúe por fuera de la ley, lo que se contradice con el claro mandato del artículo 230 de la Constitución Nacional.

Cuando el juez impone una pena que no está establecida en la ley (en cuanto a sus límites mínimos y máximos, naturaleza, etc), desconoce de entrada el Estado de derecho y la esencial función del legislador, entrando a suplirlo con la sentencia, generando anarquía y causando la quiebra del orden establecido. Ese juez que así actúa se

aparta del Estado de derecho, se convierte en legislador y juez, inducido por la arrogancia y la arbitrariedad de sus actos. Esas decisiones así concebidas, jamás podrán estar ajustadas al principio de legalidad.

La consecuencia de un tal proceder generaría que para los demás ciudadanos naciera el derecho a reclamar por virtud del principio de igualdad, a que en lugar de la pena que conforme a la ley se les irrogó, se les impusiera una proporcionalmente igual a la que se le dedujo a quien se le aplicó una por debajo del mínimo legal o se le señaló una en proporción y naturaleza más benigna que la establecida por el legislador para la conducta delictiva.

En un escenario semejante se vendría a legitimar toda decisión producto de una conducta ilegal del juez de instancia, incluso el prevaricato que haya servido en determinados casos para imponer penas por debajo del marco legal o desconociendo la naturaleza fijada por el legislador.

Si lo anterior fuese posible, se avasallaría el Estado de derecho y el reconocimiento de la legitimidad establecida en los tratados internacionales, especialmente de aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por lo tanto, el suscrito Magistrado reafirma su criterio de que la prohibición de la reformatio in pejus no rige frente a una sentencia que ha fijado la pena violando el principio de legalidad, pues la conclusión contraria lleva a aceptar 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.

Concluyendo, donde no hay legalidad no hay prohibición de reforma en perjuicio, pues una es presupuesto de la otra.”

Con todo respeto,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

Fecha ut supra.

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto de siempre por la decisión mayoritaria, me permito plasmar el motivo de mi aclaración de voto frente a la determinación de la Sala:

Mi posición en torno a la imposibilidad de agravar en perjuicio, como lo he sostenido en ocasiones pasadas y en asuntos similares a este, no es otra que concluir que el principio constitucional de la no reforma peyorativa no puede servir de soporte para generar la excepción al igualmente principio de legalidad, pues la recta, ajustada y adecuada aplicación de la ley es la regla general inamovible.

Conocido el criterio mayoritario de la Sala, he manifestado que:

“Se que los tiempos van cambiando, que la realidad social en muchas ocasiones sobrepasa la normatividad, que hay necesidad de “evolucionar” en el derecho, que existen innumerables modificaciones en el espectro cultural, político, jurídico, entre otros, de un país. Sin embargo, no se puede perder de vista que desde hace más de diez años, la nueva Carta Política sembró un nuevo ideario de Estado Social, Constitucional y de Derecho en Colombia.

“En estas condiciones, siento que ese mismo Estado, ese mismo sistema, aún permanece en nuestro derecho y que la aplicación de principios constitucionales si bien es cierto se ha venido decantando jurisprudencialmente, su esencia, filosofía y

teleología no han cambiado, por ello, me veo en la necesidad de salvar voto de manera respetuosa a la posición que se convierte en mayoritaria, pues parte de aceptar que el principio de legalidad admite, por lo menos, la posibilidad de que ceda frente a otro derecho como lo es la no reforma en perjuicio.

“En efecto, al ser claro que en un Estado social democrático de derecho impera un sistema penal de garantías y protecciones que se materializan a través del debido proceso como máxima expresión del principio de legalidad, necesariamente se impone colegir que este principio, el de legalidad, involucra un interés general que debe prevalecer sobre el derecho particular a la no reforma peyorativa y no lo contrario, que fue lo aceptado finalmente por la tesis preponderante.

“La estrictez del orden de cosas al que sigo adherido, me parece que parte de uno de los roles más importantes que la sociedad le ha entregado al juez como es el hecho de que impone una sanción, la que siempre debe partir de su acierto, siendo ello coherente con la idea de que no se puede edificar un derecho sobre el yerro, el equívoco o la ilegalidad. Es decir, cuando el juez equivocadamente toma la pena por debajo del límite mínimo señalado en la ley, en flagrante y manifiesta trasgresión del principio de legalidad, como sucedió en el caso que ameritó el cambio jurisprudencial, ello no puede quedarse así y rescatar esa anormalidad a favor de uno de los intervinientes en la relación jurídico procesal.

“En manera alguna la ley entrega tal salvoconducto de infracción a la ley. Esta situación sin duda lesiona la legalidad de la pena, imponiéndose por ello el deber legal de su corrección por parte del funcionario competente, así ello implique el desmejoramiento de la situación del procesado, pues lo contrario conllevaría a la confirmación de una decisión injusta, sin sustento legal y, por lo mismo, constitutiva de una vía de hecho frente a los derechos de la sociedad y de los demás interesados en el proceso judicial.

“Ahora bien, dentro de ese marco conceptual, la vía de hecho cobra mayor relevancia cuando la sanción impuesta por debajo del límite mínimo contemplado en el respectivo tipo penal no cuenta con ningún apoyo argumentativo o ninguna consideración jurídica que la sustente y la justifique, situación que con mayor razón impone el deber de su corrección frente a los parámetros propios del acatamiento de la legalidad de la pena, no pudiéndose constituir la prohibición de la reformatio in pejus en impedimento que permita la rectificación del yerro dentro del ámbito de la legalidad.

“Así, casos como éste no pueden ser ignorados por el juzgador de segunda instancia que conoce de la apelación ni por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación bajo el argumento de la preeminencia de la prohibición de la reforma peyorativa, pues de ser así, insisto, implicaría soslayar el principio de legalidad de la pena, aceptando lo inaceptable, como es el que se permita la imposición de una sanción sin motivación alguna y con total desconocimiento de la legalidad de la misma y, de paso, la aceptación de una decisión injusta, contraria a los principios constitucionales y constitutiva de una vía de hecho”.

Estos breves argumentos, son las razones de mi disenso.

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Magistrado

Fecha, ut supra.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Mi discrepancia respetuosa tiene que ver con la decisión que se motiva a páginas 15 y 16:

“..., partiendo del mínimo –que incluso no fue el que tuvo en cuenta el a quo al tomar como base de la tasación la pena del peculado atenuado por la cuantía-, esto es, de treinta y seis (36) meses, el incremento por el concurso debió ser equivalente a la cuarta parte, según el criterio fijado por el juez de primer grado, lo cual habría arrojado una pena mínima legal de cuarenta y cinco (45) meses de prisión, y no de treinta (30) meses a los que finalmente quedó condenada la acusada.

Sin embargo, acorde con la variación del criterio jurisprudencial de la Sala en este tema, la prohibición de la reforma peyorativa prima frente al principio de legalidad, como quiera que ninguno de los sujetos procesales con interés para hacer prevalecer los intereses del Estado en este punto, dígame el Ministerio Público o el Fiscal, recurrió el fallo de segundo grado reclamando la imposición de la pena legal, quedando por lo tanto impedida la Corte para enmendar el desacierto evidenciado.”

Es decir: la Corte de Casación convalida una ilegalidad so pretexto de resguardar la interdicción de la reforma en perjuicio del apelante único, dándole un alcance excesivo a esta garantía que sólo puede operar cuando previamente el juez ha respetado la legalidad en obediencia a los valores Justicia y Orden Justo, y al imperativo categórico superior según el cual “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley” (Preámbulo y art. 230 Const. Pol.). Estas son las razones:

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 comunidad³ 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 mismo⁴, 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 suya⁵, 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.⁶

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”⁷, 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 libertad⁸, 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 sustenta⁹.

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.”¹⁰

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 penal¹¹, 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.”¹²

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 de 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 legales¹³ 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”14.

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 Situación fáctica tomada del fallo de segundo grado.
- 2 Sentencia de 12 de diciembre de 2005. Proceso N° 24.011.
- 3 CONRADO HESSE, Constitución y Derecho Constitucional, en Manual de Derecho Constitucional, Edit. Marcial Ponds, Madrid, 2001, pág. 6.
- 4 INMANUEL KANT, Antropología práctica, Edit. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 4 s.s.
- 5 JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, La dignidad de la persona humana, Edit. Civitas, Madrid, 1986, pág. 23 s.s.
- 6 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.
- 7 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”.
- 8 ERNESTO BENDA, Dignidad humana y derechos de la personalidad, en Manual de Derecho Constitucional, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 123.
- 9 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.

10 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.

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

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

13 "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.

14 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.