

Proceso No 26255

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrados Ponentes

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado acta N° 124

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de julio de dos mil siete (2007).

V I S T O S

La Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de SAID ESTIVER ROJAS PERDOMO contra el fallo proferido el 4 de julio de 2006 por el Tribunal Superior de Bogotá que al confirmar la decisión emitida por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, lo condenó a las penas principales de 51 meses de prisión, multa de 34 salarios mínimos legales mensuales vigentes y inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 5 años, como autor del delito de concusión.

Así mismo, le impuso al acusado la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas “por un término igual al de la pena de prisión”. H E

C H O S

El juzgador de segunda instancia los sintetizó de la siguiente manera:

“En las horas de la mañana del 4 de febrero de 2006, el abogado HERNÁN GONZÁLEZ MORENO, defensor de CARLOS ROBINSON CAMPOS, procesado por receptación en la URI, fue abordado por el asistente de la Fiscalía 62 Seccional de Bogotá, SAID STIVER ROJAS, se tomaron un tinto y éste le puso una cita en un asadero de pollos, le dijo que tenía ‘la flecha’ para que no aseguraran a su cliente, que le valía \$7.000.000, luego bajó a \$5.000.000 y finalmente, negociaron por \$3.000.000.

“El profesional llamó a la Fiscalía General de la Nación, avisó lo sucedido y, a las 7 p. m., dejó la suma de dinero en un sobre que le pasó al empleado; horas más tarde, al finalizar la audiencia contra ROBINSON, lo dejaron en libertad y no se profirió detención”.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 5 de febrero de 2006 y ante el Juzgado Veintinueve Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Bogotá, se llevó a cabo audiencia preliminar, acto en el cual se legalizó la captura y la fiscalía formuló imputación jurídica en contra de Said Stiver Rojas Perdomo por la presunta comisión del delito de concusión, imputación a la que no se allanó Rojas Perdomo. Así mismo se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en la residencia del imputado.

Posteriormente la defensa solicitó audiencia “para allanamiento”, diligencia que no se pudo llevar a cabo por cuanto el Centro de Servicios no envió las respectivas citaciones.

Al inicio de la audiencia de formulación de acusación y a solicitud de la defensa, quien recordó que no se había llevado a cabo la “audiencia para allanamiento”, luego de que el juzgado autorizara lo solicitado por el defensor, el imputado se allanó al cargo de concusión que le había sido imputado por la Fiscalía.

El 4 de abril de 2006, el Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Conocimiento de

Bogotá, profirió fallo de primera instancia, por cuyo medio condenó a Said Stiver Rojas Perdomo a las penas principales de 51 meses de prisión, multa equivalente a 35 salarios mínimos legales mensuales vigentes e “inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de cinco (5) años” y a la “accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena de prisión”, como autor del delito de concusión (artículo 404 del Código Penal).

Apelado el fallo por la Fiscalía, el Ministerio Público y el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Bogotá, el 4 de julio de 2006, lo adicionó en el “sentido de ordenar la destitución del cargo de asistente de la Fiscalía 62 Seccional de SAID STIVER ROJAS PERDOMO”. En lo demás lo confirmó.

Contra esta determinación, el defensor de Said Stiver Rojas Perdomo interpuso recurso extraordinario de casación.

Mediante auto del 15 de marzo del año en curso, la Sala admitió la demanda de casación presentada por el mencionado profesional del derecho.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Al amparo de las causales segunda y primera de casación previstas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el actor plantea cinco cargos contra la sentencia de segunda instancia, cuyos argumentos se sintetizan así:

Causal segunda

Primer cargo

Acusa al Tribunal de haber dictado sentencia dentro de un juicio “que lesionó el debido

proceso en aspectos sustanciales, pero también, simultáneamente, el derecho de defensa”.

Sostiene el actor que “al comienzo de la diligencia para formular la acusación, al percatarse de la irregularidad y habilitar el procedimiento para el allanamiento previamente solicitado, antes de aceptar los cargos, el procesado hizo expresa referencia y ofrecimiento para devolver el dinero obtenido indebidamente y resarcir los perjuicios y pidió se le permitiera hacerlo, para incluso constituir un pagaré”.

Sin embargo, dice que la “presión del Ministerio Público y del Juez”, quienes indicaron que el allanamiento debía ser incondicional, llevaron a su procurado a admitir los cargos, siendo evidente que el tema de la indemnización de los perjuicios no se constituía en una condición para aceptar los cargos. Por el contrario, su voluntad expresa estaba dirigida a “indemnizar al ofendido y hacerse a los beneficios legales por ello, lo cual en modo alguna supeditaba la admisión irrestricta de los cargos”.

Estima que dicho proceder arbitrario, “que le negó el acceso a la víctima y la celebración de audiencias para acordar un monto y forma de indemnización”, impidió a su defendido obtener los descuentos punitivos a que tenía derecho y que de manera expresa reconocen los numerales 5° y 6° del artículo 55 del Código Penal, preceptiva que transcribe.

Agrega el libelista que el tema propuesto lo legitima para acudir en sede de casación, toda vez que se trata de una irregularidad sustancial relacionada con la “negativa a tramitar el ofrecimiento claro y expreso del procesado de indemnizar los perjuicios”.

En consecuencia, solicita a la Corte anule la actuación desde el instante procesal en que el imputado hizo expreso su deseo de indemnizar, “para que se habiliten las vías para que concrete su oferta”.

Segundo cargo (Subsidiario)

Afirma el actor que la sentencia de primer grado, confirmada por el Tribunal, “en forma totalmente inmotivada impuso dos sanciones de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de manera tan contradictoria que el acusado no sabe finalmente a cuál de ellas se ve enfrentado y debe cumplir”.

Por consiguiente, como el juzgado le impuso la sanción de inhabilitación por cinco años y, al mismo tiempo, le fijó otra igual por el mismo lapso de la pena de prisión, concluye solicitándole a la Corte la invalidación del fallo atacado y, en su lugar, disponer “la devolución del expediente al juez de primera instancia para que en forma debidamente motivada se pronuncie por la fijación de las penas principales y accesorias”.

Causal primera

Primer cargo

Acusa al sentenciador de haber violado de manera directa la ley sustancial, toda vez que al establecer la pena, la que fijó en el “cuarto inferior” (96 a 117 meses), concluyó en la inexistencia de causal alguna de aumento punitivo, aun cuando no partió del mínimo sino de 6 meses más, por cuanto consideró que el delito causaba grave alarma social, imponiendo una pena de 102 meses, operación que repitió con la pena de multa, Posteriormente, dice, procedió el juzgador a negar la condena condicional y la prisión domiciliaria “concluyendo que no se reunía el ‘requisito objetivo, pues el delito lo había cometido en ‘ejercicio de un cargo público’ y porque ‘prometió una decisión amañada, pidiendo dinero para ello’”.

Agrega que la defensa no cuestiona aquellas valoraciones hechas en la sentencia impugnada y, por el contrario, las acepta. Sin embargo, sostiene que dichas circunstancias

sobre las cuales se fundó el sentenciador para negar los citados sustitutos penales, fueron valoradas por el “por el juez de primera instancia al momento de tipificar la conducta, porque, en efecto, el delito de concusión sólo podía cometerlo el procesado porque ejercía un cargo público y en efecto pidió una retribución por la tarea indebida prometida, esos son elementos propios de la misma conducta delictiva”.

“Por tanto, los aspectos citados fueron valorados, considerados al tipificar el comportamiento como delito de concusión, porque sin ellos la conducta sería atípica. Entonces, se incurrió en doble castigo, en doble juzgamiento, cuando esas circunstancias fácticas (propias de la tipicidad) nuevamente son apreciadas para negar los subrogados penales y específicamente la prisión domiciliaria (la condena condicional fue rechazada también por el monto de la pena impuesta).

“La afectación al Estado, a través de la administración de justicia, es precisamente el bien jurídico protegido, luego a concluir que la conducta era típica y antijurídica (sin tales aspectos no podía haberse condenado) esas circunstancias fueron apreciadas y si nuevamente son el motivo exclusivo para negar la prisión domiciliaria, se infringe el non bis in idem”.

En consecuencia, dice que como las motivaciones para negar el sustituto penal deben dejarse exclusivamente como sustento de los elementos de la conducta punible y toda vez que no existe otra argumentación adicional para negar la prisión domiciliaria, solicita a la Corte su concesión a favor del procesado.

Segundo cargo (subsidiario)

Recuerda el actor que en la audiencia de individualización de la pena ninguno de los intervinientes, es decir, la Fiscalía y el Ministerio Público, solicitaron la imposición de la pena de destitución del cargo.

Asevera que proferido el fallo de primera instancia, la Fiscalía interpuso recurso de apelación, anunciando “expresamente que su inconformidad radicaba exclusivamente en la dosificación hecha por la primera instancia”. No obstante, en la audiencia de sustentación, desbordando los límites de la apelación anunciada ante el a quo, la Fiscalía pidió que se adicionara la sentencia con la destitución del cargo, petición que fue accedida por el Tribunal “sin ninguna motivación”.

Arguye que el sistema acusatorio es de partes, es decir, que los jueces deben supeditarse a lo que éstas planteen, y la “Fiscalía en su pretensión sancionatoria ante la primera instancia no pidió nada sobre este particular. Además, y es lo principal, la juez no impuso ese tipo de sanción, de tal manera que el ad quem no podía pronunciarse sobre ese aspecto (máxime que no fundamentó nada al respecto), pues ninguno de los intervinientes legitimados apeló en ese sentido, porque la Fiscalía sólo cuestionó la dosificación y mal podía pedir la destitución del cargo, porque ello desbordó el Interés que tenía y que anunció ante el a quo”.

Por consiguiente, solicita a la Corte proceda a excluir la pena de destitución del cargo que adicionó el Tribunal.

Tercer cargo (Subsidiario)

Finalmente, afirma que el juzgador violó de manera directa la ley sustancial, toda vez que a su defendido se le impuso “doble castigo” de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, uno por 5 años y otro por el mismo término de la pena de prisión, infiriendo que el primero podría tratarse de una pena principal y, el segundo, como pena accesoria.

En consecuencia, como no es posible aceptar el citado “doble castigo”, solicita a la Corte casar el fallo impugnado y, por ende, disponer que solamente quede como principal la inhabilitación de 5 años, eliminando la accesoria.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

La Fiscalía

En lo atinente al primer cargo, anota que en el presente asunto se le vulneraron los derechos de la víctima en la medida en que la negativa del juzgado con funciones de conocimiento a que se le citara condujo a que no se condenara en perjuicios derivados de la comisión de la conducta punible.

Destaca que si bien es cierto que dicho error resulta intrascendente frente a los intereses de la defensa, de todos modos no se cumplió con el acto de citar a la víctima para que compareciera a la audiencia de formulación de la acusación. Ahora bien, dice que no comparte los argumentos del Tribunal, en tanto que no es recibo que se hubiese afirmado que como quiera que el denunciante ostentaba la calidad de abogado, debía estar pendiente de la actuación y que para dichos efectos estaba el incidente de reparación integral.

Tampoco comparte la manera como la juez de instancia le reconoció al proceso de la rebaja hasta la mitad de la pena, máxime cuando las constancias procesales demuestran otras cosas, esto es, que no se puede inventar audiencia de preliminares para aceptar cargos y pasando por alto lo preceptuado por el artículo 349 de la ley 906 de 2004, en lo atinente a la restitución.

En cuanto al segundo cargo estima que la inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas está contenida como pena principal y no como accesoria, de modo que no era procedente fijarla al mismo tiempo como sanción principal y accesoria, puesto que constituye violación del postulado no bis in idem.

En lo atinente a la prisión domiciliaria opina que dada la gravedad y la modalidad de la conducta no resultaba procedente tener los mismos argumentos para negar a la vez

dicho instituto y para dosificar la pena porque tal circunstancia implicaría trasgresión del principio del non bis in idem.

Respecto a la pena accesoria de pérdida del empleo, estima que el Tribunal sí podía imponerla, en tanto que tal aspecto no fue objeto de acuerdo y si del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Empero, revisado el fallo se advierte que no hubo ninguna motivación al respecto por parte del sentenciador de segundo grado, al momento de imponerla.

Por lo expuesto, hace a la Corte las siguientes peticiones:

- a) Que ese case la sentencia impugnada y, en su lugar, de declarar la nulidad por violación del debido proceso y de los derechos de las víctimas.
- b) Que si no se accede a lo anterior, que la Corte revoque la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta como pena principal.
- c) Que no se case el fallo referente al reparo formulado con base en la negativa de no conceder la prisión domiciliaria.
- d) Que respecto a la sanción accesoria de pérdida del empleo que no se acceda al pedido de nulidad.

La Procuradora Delegada

Inicialmente recuerda que el Procurador Judicial solicitó al funcionario de primera instancia que se llamara a la víctima y el juez rechazó dicho pedimento, en tanto que consideró que el Estado fue el único perjudicado con la conducta delictiva del hoy sentenciado.

Sin embargo, advierte que la defensa no mostró inconformidad con dicha decisión y sí se opuso a la petición de nulidad hecha por el Procurador Judicial por no haberse citado a la víctima que concurriera a la actuación argumentando que faltaba la audiencia referente a la justicia restaurativa, recordando igualmente que había hecho un ofrecimiento del 50 % y el resto lo respaldaba con un pagaré. De ahí que no entienda las razones por las cuales hoy se esté alegando la causal de nulidad.

Así mismo, anota que pasando por alto el presupuesto de procedibilidad del interés y de admitirse que al acusado se le privó del derecho de indemnizar, de todos modos dice que no se advierte la irregularidad planteada, en la medida en que, además que la conducta punible de concusión no contempla rebaja de pena por reparación, de todos modos tal circunstancia no tuvo incidencia en la determinación de la pena, en tanto que para dicho efecto se partió del primer cuarto del ámbito de de movilidad.

Por lo expuesto, estima que el cargo no está llamado a prosperar. No obstante, manifiesta que se impone la casación oficiosa del fallo en torno a que se le impidió a la víctima que accediera a la administración de justicia, con clara violación del artículo 11 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

En lo atinente a los cargos segundo y quinto, los cuales el demandante postula bajo los mismos argumentos, estima que no le resulta acertado el planteamiento del casacionista, en la medida en que la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas es principal a la de prisión. Sin embargo, considera que la censura fundada a través de la violación indirecta de la ley sustancial sí debe prosperar, puesto que no resulta procedente que se condene igualmente a dicha pena de manera accesoria.

En lo que hace referencia al cargo tercero, consistente en que al procesado no se le concedió la prisión domiciliaria, estima que acuerdo con el postulado de inescindibilidad que rige la casación, el juzgador de primera instancia advirtió que en el presente asunto

no se cumplía con el factor subjetivo para su otorgamiento, teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociales del hoy sentenciado, aspecto que comparte. Por manera que en este supuesto no se negó la prisión domiciliaria con base en los elementos del tipo sino por las condiciones personales y sociales.

Además, dice que la discusión que plantea el casacionista resulta inane, en tanto que el delito de concusión tiene una pena privativa de la libertad que oscila entre 6 y 10 años superándose el tope establecido por el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, máxime cuando la jurisprudencia de la Sala así lo ha dicho cuando refirió que la rebaja pos delictual como consecuencia de la aceptación de cargos no logra incidir en los extremos de la punibilidad.

Y, finalmente, el cuarto cargo, en el sentido de que se le impuso al acusado la pena de destitución del cargo en forma inmotivada, tampoco le asiste razón, habida cuenta que tal aspecto fue objeto de recurso de apelación por parte del fiscal y dentro de tales términos se pronunció el Tribunal.

De otro lado, en el evento que no se hubiese motivado en cuanto a su duración, tal aspecto permite concluir que esta comporta dentro del límite establecido para la sanción privativa de la libertad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo

1. El defensor de Said Estever Rojas Perdomo, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del derecho de defensa y del debido proceso.

Comenta el casacionista que el procesado hizo mención expresa de devolver el dinero obtenido indebidamente y resarcir los perjuicios; y, sin embargo, con un proceder

arbitrario del funcionario judicial le negó a la víctima que compareciera a la audiencia para acordar el monto y la forma de la indemnización, hecho que condujo a que a su defendido no se le reconocieran los descuentos punitivos consagrados en el artículo 55, numerales 5° y 6° del Código Penal.

2. Ante todo considera la Corte abordar el tema del interés del censor para acudir a esta sede para reclamar que a la víctima se le vulneró el principio de acceso a la administración de justicia.

En esas condiciones, recuérdese que el recurso de casación es un medio de impugnación esencialmente reglado, cuya procedencia está condicionada a exigencias formales y de contenido, en cuyo caso la Corte está en el deber de admitirla; de igual manera lo debe hacer cuando encuentra un derecho fundamental que defender o restaurar, privilegiando los fines sobre las formas, caso en el cual no se impone su discrecionalidad, sino que se sujeta a la cláusula especial de sujeción indicada en el aparte segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, que le permite, cuando se precisa del fallo, superar defectos formales, para destacar los más elevados fines del recurso.

De ahí que para verificar la existencia del interés jurídico para recurrir, como en forma reiterada lo ha dicho la Corte, resulta indispensable que concurra la llamada legitimación sustancial, según la cual, debe haber un perjuicio efectivo con la decisión y que justifica el acceso al medio de impugnación.

Dicho de otra manera, el interés jurídico para recurrir no surge exclusivamente de la legitimación para el proceso del reconocimiento que se haga como interviniente dentro del trámite procesal, sino que se hace indispensable que se evidencie que la decisión adoptada deriva un daño real y efectivo para el postulante del recurso.

Por manera que cuando no se advierta un perjuicio real y efectivo para el interviniente con el recurso, resulta diáfano predicar que en dicho evento no se tiene interés

para impugnar.

Teniendo en cuenta los anteriores derroteros, advierte la Corte que en el presente asunto el defensor no tiene interés para demandar la casación del fallo, en la medida en que el perjuicio lo centra en que al procesado no se le reconocieron las circunstancias de menor de punibilidad de “Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias” y “Reparar voluntariamente el daños ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible”, consagrada en los numerales 5° y 6° del artículo 55 de la Ley 906 de 2004, respectivamente, aspectos que en el evento de haber sido reconocidas no incidirían en el proceso de determinación de la pena.

Recuérdese que en el proceso de determinación de la sanción el juzgador partió del primer cuarto del ámbito de movilidad, precisamente por que advirtió que al acusado no se le habían atribuido circunstancias de mayor punibilidad.

Aclarado lo anterior, procedió a fijar la sanción de acuerdo con lo preceptuado por el inciso 3° del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, concluyéndose que dada la gravedad del hecho la pena debía tasarse en 102 meses de prisión.

En otras palabras, la Corte no advierte que el fallo de segunda instancia hubiese causado un perjuicio al procesado, en la medida en que reconociéndose o no las circunstancias de menor punibilidad, de todas maneras el marco de la punibilidad habría sido el mismo, en tanto que se partió del mínimo de pena contemplado para el primer cuarto del ámbito de movilidad.

De ahí que no se advierta algún perjuicio para la defensa porque a la víctima se le haya negado el acceso a la administración de justicia, razón por la cual, el actor carece de interés para recurrir en sede casación y menos con el ánimo de salvaguardar los

derechos de la víctima.

Por lo expuesto, la censura se desestima.

Sin embargo, en vista de que la Procuraduría Delegada y el Fiscal Delegado ante esta Corporación solicitan la casación oficiosa de la sentencia, por violación del derecho de la víctima a acceder a la administración de justicia, y en virtud del principio de prioridad que rige la casación, la Sala entrará a abordarlo, en la medida en que de prosperar haría inane el estudio de los demás reparos.

Desde ahora, la Sala anuncia desde ya que no le asiste razón al Ministerio Público y al Fiscal Delegado para deprecar la casación oficiosa de la sentencia. Veamos:

En primer lugar, valga la pena resaltar que la calidad de víctima no solo se predica de la persona a quien se le vulneró el bien jurídico tutelado en la ley sino que dicha expresión también tiene que hacerse extensiva a todas aquellas personas que resultaron perjudicadas con dicha trasgresión.

Dicho de otra manera, víctima es aquella persona que ha sufrido un daño real, no necesariamente patrimonial, concreto y específico con la comisión de la conducta punible y la vulneración del bien protegido, que lo legitima para buscar la verdad¹, la justicia² y la reparación³ al interior del proceso penal, sin importar si de igual manera procura la obtención del reparo patrimonial por dicho daño.

O, como lo dice la Corte Constitucional, que víctima es aquella persona que tiene interés “para intervenir en el proceso penal, también depende, entre otros criterios, del bien jurídico protegido por la norma que tipificó la conducta, de su lesión por el hecho punible y del daño sufrido por la persona o personas afectadas por la conducta prohibida, y no solamente de la existencia de un perjuicio patrimonial cuantificable”.⁴

Frente al anterior tema, el artículo 132 de la Ley 906 de 2004, contempló que se “entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y de más sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

“La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condena al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con éste”.

Ahora bien, de acuerdo con el Acto Legislativo N° 03 de 2002, con el cual se sentaron las bases constitucionales, para la adopción del nuevo proceso penal con tendencia acusatoria, se contempló lo referido frente a la protección de la víctima y su actuación al interior del trámite judicial, estatuyéndose que tanto el fiscal como el representante del Ministerio Público debían velar por los derechos de las víctimas.

Frente al tema en discusión la Sala, en providencia del 18 de abril de 2007, consideró:

“2.1. En un Estado Social de Derecho los derechos de las víctimas de una conducta punible emergen constitucionalmente relevantes, al punto que el Constituyente elevó a rango superior el concepto de víctima. Es así como el numeral 4 del artículo 250 de la Constitución Política, antes de la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, señalaba que el Fiscal General de la Nación debía “velar por la protección de las víctimas.” El numeral 1° del mismo artículo en su regulación primigenia expresa que deberá “tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito”. Actualmente en el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002 se señala que en ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

“1. Solicitar al juez que ejerza funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia del imputado al proceso penal, la

conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

“En el numeral 6 le impone el deber de

“Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

“Y en el numeral 7 se establece que deberá:

“Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

“2.2. En el decreto 2700 de 1991 –estatuto procesal penal vigente para cuando ocurrieron los hechos aquí investigados- se elevó a norma rectora (art. 11) la protección de víctimas y testigos, y el restablecimiento del derecho (art. 14), normatividad frente a la cual esta corporación se pronunció sobre algunos de los mecanismos para la protección y defensa de las víctimas de la conducta punible:

“Son plurales los mecanismos que la Constitución como la ley emplean para la protección y defensa de las víctimas de un delito, sin que queden reducidos al solo ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, acción útil e importante si se quiere, pero tan solo contingente y meramente alternativa.

“Lo primero que puede resaltarse es que en protección de la persona ofendida o perjudicada con el hecho punible se instituye toda una pluralidad de medios y medidas como sucede, por vía de ejemplo, desde la necesaria protección de víctimas y testigos por parte de la fiscalía (C.N., art. 250-4) “para garantizar el restablecimiento del derecho y la cooperación plena judicial” (CPP., art. 11) y la erección del restablecimiento del

derecho como norma rectora de este estatuto (art. 14 ibídem) encaminada a hacer cesar los nocivos efectos del delito y procurar que las cosas vuelvan a su situación primera (CPP., art. 120, nums. 3° y 6°), hasta la toma de medidas procesales de consideración por la persona del ofendido a fin de que el proceso concluya sin dilaciones indebidas y su colaboración con la justicia no llegue a constituirse en ocasión de zaherirle, ridiculizarle o hacerle más doloroso el recuerdo de su tragedia personal.

“En vía paralela el legislador incluye toda una serie de opciones y garantías como el principio mismo de la gratuidad que facilita el acceso de los ofendidos a los estrados judiciales (CPP., art. 19), la prohibición temporal de enajenar sus bienes por parte del procesado (art. 59), el comiso y la extinción del derecho de dominio (CPP., arts. 338, 339 y 340), la restitución del objeto material de libre comercio a quien sumariamente prueba su derecho (art. 60), el embargo especial y la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente (arts. 341 y 61), las medidas de embargo y secuestro preventivo y las atinentes sobre remate de bienes encaminadas a la efectividad de la indemnización (CPP., arts. 52, 56 y 58), la supeditación de la condena de ejecución condicional al pago de perjuicios, etc.

“Haciendo parte de todas estas medidas aparece, es cierto, la posibilidad de que la persona ofendida o perjudicada con la infracción haga ejercicio de la acción civil de resarcimiento dentro del proceso penal constituyéndose en parte, y que obtenido ese reconocimiento quede habilitada para intervenir en solicitud y contradicción de pruebas, presentación de alegaciones e interposición de los recursos”⁵.

“2.3. En la ley 600 de 2000 se elevó a normas rectoras los principios de dignidad humana (art. 1°), igualdad (art. 5°), acceso a la administración de justicia (art. 10), finalidad del procedimiento (art. 16) y el de restablecimiento del derecho (art. 21), deber este de todo funcionario judicial de adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos

creados por la comisión del delito, procurar que las cosas vuelvan al estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados con la conducta punible. Y,

“2.4. Ahora: en la ley 906 de 2004, en los principios rectores y las garantías procesales, se establecen los derechos de las víctimas (art. 11):

“a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno.

“b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad⁶, y a la de sus familiares y testigos a favor.

“c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este Código.

“d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas⁷.

“e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este Código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas.

“f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto.

“g) A ser informadas sobre la decisión relativa a la persecución penal⁸; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar.

“h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio.

“i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley. Y,

“j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

“2.5. La protección que el ordenamiento jurídico nacional reconoce a las víctimas no se refiere exclusivamente a la reparación de los daños que les ocasione el delito, sino también a la protección integral de sus derechos a la verdad y a la justicia para garantizar el principio de la dignidad humana.

“A este respecto la Corte Constitucional ha señalado:

“El derecho de las víctimas a participar en el proceso penal, se encuentra ligado al respeto de la dignidad humana. Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice que “Colombia es un Estado Social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana”, las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Se vulneraría gravemente la dignidad de víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única protección que se brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor. El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón de la comisión de un delito. Pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica.”⁹

“Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 93 de la Carta Política, según el cual “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, esa misma corporación admitió que múltiples instrumentos internacionales reconocen el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo, y que la comunidad internacional rechaza los mecanismos internos que conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de lo ocurrido. Es así como frente a la protección integral de las víctimas, en ese mismo pronunciamiento, concluyó:

“De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia -no restringida exclusivamente a una reparación económica- fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

“De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

“1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de derechos humanos.

“2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

“3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.”

“2.6. En el contexto anterior es claro que el debido proceso se predica no solamente respecto del imputado o acusado, sino también de las víctimas y perjudicados con el delito, en orden a proteger sus derechos fundamentales al acceso a la justicia, a la verdad, a la justicia y al resarcimiento del daño ocasionado con el injusto. Y en este último punto la labor del funcionario judicial ha de encaminarse a que efectivamente se cumpla la reparación del agravio inferido”¹⁰.

Más recientemente, en decisión del 23 de mayo de 2007, se anotó:

“Sobre el derecho de las víctimas al acceso a la justicia y a los recursos judiciales efectivos en el contexto de la Ley 906 de 2004, extensivos, por remisión a la ley de Justicia y Paz, la Corte Constitucional precisó:

“El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

“Sobre la efectividad del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo (CP, artículos 29 y 229), ha establecido la jurisprudencia que su garantía depende de que

éstas puedan intervenir en cualquier momento del proceso penal, aún en la fase de indagación preliminar. Su intervención no sólo está orientada a garantizar la reparación patrimonial del daño inferido con el delito, sino también a la satisfacción de sus derechos a la justicia y a la verdad. En ocasiones, incluso la representación de las víctimas en el proceso penal tiene unos cometidos exclusivamente vinculados al goce efectivo de los derechos a la justicia y la reparación. Bajo estas consideraciones la Corte constitucional estableció una doctrina en la que explícitamente abandonó una concepción reductora de los derechos de las víctimas, fundada únicamente en el resarcimiento económico, para destacar que las víctimas, o los perjudicados con el delito, tienen un derecho efectivo al proceso y a participar en él, con el fin de reivindicar no solamente intereses pecuniarios, sino también, y de manera prevalente, para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia.

“La explícita consagración constitucional de la víctima como sujeto que merece especial consideración en el conflicto penal, se deriva la profundización de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho penal del Estado social de derecho, que promueve una concepción de la política criminal respetuosa de los derechos fundamentales de todos los sujetos e intervinientes en el proceso. Los intereses de la víctima, elevados a rango constitucional se erigen así en factor determinante de los fines del proceso penal que debe apuntar hacia el restablecimiento de la paz social. Esta consagración constitucional de la víctima como elemento constitutivo del sistema penal, es así mismo coherente con los paradigmas de procuración de justicia provenientes del derecho internacional, que han sido acogidos por la jurisprudencia de esta Corte tal como se dejó establecido en aparte anterior. La determinación de una posición procesal de la víctima en el proceso penal conforme a esos paradigmas, debe establecerse tomando como punto de partida un sistema de garantías fundado en el principio de la tutela judicial efectiva, de amplio reconocimiento internacional, y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta. Este principio que

se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia (Art.229); la igualdad ante los tribunales (Art.13); la defensa en el proceso (Art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales; la efectividad de los derechos (Arts. 2º y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. ...

“b. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

“33. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

“La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal, y el derecho a participar en el proceso penal por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo...

“La posición de la víctima en el sistema procesal penal, instaurado por la Ley 906 de 2004.

“...

“43. La explícita consagración constitucional de la víctima como sujeto que merece especial consideración en el conflicto penal, se deriva la profundización de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho penal del Estado social de derecho, que

promueve una concepción de la política criminal respetuosa de los derechos fundamentales de todos los sujetos e intervinientes en el proceso. Los intereses de la víctima, elevados a rango constitucional se erigen así en factor determinante de los fines del proceso penal que debe apuntar hacia el restablecimiento de la paz social.

“Esta consagración constitucional de la víctima como elemento constitutivo del sistema penal, es así mismo coherente con los paradigmas de procuración de justicia provenientes del derecho internacional, que han sido acogidos por la jurisprudencia de esta Corte tal como se dejó establecido en aparte anterior. La determinación de una posición procesal de la víctima en el proceso penal conforme a esos paradigmas, debe establecerse tomando como punto de partida un sistema de garantías fundado en el principio de la tutela judicial efectiva, de amplio reconocimiento internacional, y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta. Este principio que se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia (Art.229); la igualdad ante los tribunales (Art.13); la defensa en el proceso (Art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales; la efectividad de los derechos (Arts. 2º y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Esta bilateralidad, ha sido admitido por esta Corporación al señalar que el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predicán de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados.

“...

“d. El sistema procesal penal configurado por la Ley 906 de 2004 pone el acento en la garantía de los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso (inculcado o víctima), con prescindencia de su designación de parte o sujeto procesal:

“ ...

“46. Así las cosas, los fundamentos constitucionales de los derechos de las víctimas, así como los pronunciamientos que sobre la ley 906 de 2004 ha realizado la Corte, permiten afirmar que la víctima ocupa un papel protagónico en el proceso, que no depende del calificativo que se le atribuya (como parte o interviniente), en tanto que se trata de un proceso con sus propias especificidades, en el que los derechos de los sujetos que intervienen están predeterminados por los preceptos constitucionales, las fuentes internacionales acogidas por el orden interno y la jurisprudencia constitucional. El alcance de los derechos de las víctimas debe interpretarse dentro de este marco¹¹.

En esas condiciones, es evidente que, como se ha dicho, la víctima ostenta la calidad de interviniente especial, en la medida en que para la consecución de sus fines (derecho a la verdad, derecho a que se haga justicia y derecho a la reparación) puede actuar durante todo el proceso penal.

Por tal motivo, el derecho de acceder a la justicia resulta el medio más efectivo para que la víctima pueda buscar la verdad, la justicia y la reparación. Por manera que si se le vulnera dicho derecho se le impide que no sólo haga parte del proceso sino que también se le reconozcan sus derechos, esto es, a ser indemnizado por los daños que se le han causado, a más del derecho a que se haga justicia y a conocer la verdad de los sucedido.

De ahí que para materializar los postulados de verdad, justicia y reparación la víctima puede recurrir al amparo de pobreza; impugnar la sentencia absolutoria; solicitar la revisión de la sentencias por procesos por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria; que se le comunique las decisiones sobre el archivo de diligencias; el derecho que tiene de

solicitar la practica de pruebas anticipadas; de pedir el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica; de elevar observaciones sobre el descubrimiento de elementos materiales probatorios y de totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral; de deprecar la exhibición de los elementos materiales probatorios y evidencia física con el fin de conocerlos y estudiarlos; de incoar la exclusión de pruebas ilícitas e ilegales; de pedir el control de legalidad de la decisión de no imponer medidas de aseguramiento y que se le de protección directamente ante el juez competente, etc.

En esas condiciones, constituye una irregularidad que desquicia las bases del proceso penal cuando no se le permite a la víctima o al perjudicado con la comisión de la conducta punible acceder a los órganos pertinentes de la justicia con la finalidad de obtener la reparación directa de los daños causados y de obtener igualmente una decisión judicial que solucione su conflicto en forma integral.

Aclarado lo anterior, en el supuesto que ocupa la atención de la Corte, resulta evidente que en este caso no se puede predicar que al perjudicado por la comisión de la conducta punible se le impidió el acceso a la administración de justicia, en la medida en que él como abogado sabía que debía estar pendiente del proceso para que de esa manera procurara por el restablecimiento de su derecho vulnerado por la comisión del delito.

En primer término, vale destacar que en este asunto por haberse condenado por la conducta punible de concusión no solo tiene calidad de víctima el Estado, por tratarse de la vulneración del bien jurídico de la administración pública, sino que esa condición también la tiene el abogado Hernán González Moreno, en la medida en que teniendo en cuenta la manera como ocurrió el acontecer fáctico, es claro que él resultó afectado con la conducta concusionaria del hoy sentenciado, en tanto que entregó de su patrimonio la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000) con el fin de que no se impusiera medida de

aseguramiento a su poderdante.

En tales condiciones, en este particular evento es claro que Hernán González Moreno fue perjudicado con la comisión de la conducta delictual por el cual fue condenado el acusado, ostentado, por ende, la calidad de víctima.

Ahora bien, de acuerdo con los registros técnicos del trámite se avizora que si bien es cierto que la juzgadora de primera instancia debió citar a dicho profesional del derecho, de todos modos como interviniente especial debió estar pendiente del desarrollo del juicio y de esa manera buscar el restablecimiento del derecho.

En efecto, las constancias procesales indican que el doctor Hernán González Moreno limitó su actividad a informar a las autoridades del acto irregular del acusado, situación que desembocó en el correspondiente operativo que culminó con la captura de Said Estiver Rojas.

A partir de tal situación fáctica, se advierte que el señor Hernán González Moreno no compareció ante el juez de control de garantías y ante el juez de conocimiento en procura del restablecimiento de su derecho vulnerado por la comisión de la conducta punible de concusión, hecho éste que permite inferir que no obstante conocer sus derechos al interior del trámite, decidió no hacerse parte en él y, consecuentemente, debe asumir las consecuencias jurídicas que se derivan del tal comportamiento, máxime cuando ostentaba el título de abogado.

Es una verdad que la juez estimó que la única víctima con la conducta ilícita del hoy sentenciado fue el Estado; sin embargo, tal situación no es suficiente para predicar que se le trasgredió a la otra persona afectada por el delito el acceso a la administración de justicia, en la medida en que fue una decisión personal del profesional de derecho no participar en el trámite como interviniente especial en procura de obtener la verdad, la justicia y la reparación.

Recuérdese que la ley procesal establece tanto los derechos como las obligaciones de los intervinientes. Respecto de la víctima el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 regula todo lo atinente a sus derechos, encontrándose, entre ellos, el acceso a la administración de justicia. Por su parte, el artículo 137 de la citada ley, regula todo lo atinente a la intervención de las víctimas en la actuación penal¹²

, facultad de la que nunca hizo uso el abogado.

Situación distinta habría sido que Hernán González Moreno hubiese hecho la manifestación de intervenir en el proceso y la juez se lo haya impedido, evento en el cual sí era posible predicar la trasgresión del derecho a acceder a la administración de justicia en su condición de víctima.

Por manera que el vicio atribuido no tiene la trascendencia que el Fiscal Delegado ante esta Corporación y la Procuradora Delegada le otorgan, en la medida en que el profesional del derecho sabía de la existencia del proceso penal seguido en contra del hoy sentenciado y no quiso comparecer al mismo en calidad de interviniente especial.

De ahí que no resulte cierto que a la víctima se le hubiese impedido el acceso a la administración de justicia, motivo por el cual, no procede la casación oficiosa del fallo.

Segundo cargo

1. El defensor de Rojas Perdomo, con base en la causal segunda de casación, acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, en tanto que, a su juicio, el juzgador impuso dos sanciones de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de manera contradictoria, puesto que el fallo carece de la correspondiente motivación en torno al tema, que no sabe cuál de éstas debe cumplir.

2. Es verdad que, como lo señala el casacionista, el juzgador de primer grado impuso

al procesado la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como pena principal y accesoria, y por montos distintos.

Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte la falta de motivación se puede presentar sobre la elaboración del juicio de hecho o sobre el juicio de derecho, en los siguientes eventos:

- a) Porque carece totalmente de motivación, al omitirse las razones de orden fáctico y jurídico que sustenten la decisión.
- b) Porque la fundamentación es incompleta, esto es, el análisis que contiene es deficiente, hasta el punto de que no permite su determinación.
- c) Porque la argumentación que contiene es dilógica o ambivalente; es decir, se sustenta en argumentaciones contradictorios o excluyentes, las cuales impiden conocer su verdadero sentido y,
- d) Porque la motivación es aparente y sofística, de modo que socava la estructura jurídica y fáctica del fallo.

La fundamentación de las resoluciones judiciales, como expresión del núcleo del derecho al debido proceso y cortapisa a la arbitrariedad del poder punitivo, encuentra en la fuerza persuasiva de la argumentación judicial la fuente de su legitimidad, al punto que bien se puede expresar que no existe decisión sin argumentación.

Por manera que la argumentación debe estar edificada con el objeto de obtener el conocimiento necesario y requerido a fin de construir los juicios de hecho y de derecho. El primero, que se hará de acuerdo con la actividad probatoria desplegada en el trámite, en cuya labor el funcionario judicial debe dar sus razones que lo llevaron a declarar como probado un determinado acontecer fáctico; y el segundo, referido a la aplicación del

derecho, es decir, los motivos que tuvo para dar solución jurídica a la cuestión del debate, evento en el cual también tiene que plasmar los motivos que lo condujeron a seleccionar una determinada norma jurídica.

En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, resulta claro y evidente que la conducta punible de concusión, de acuerdo con lo reglado por el artículo 404 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, comporta, entre otras, como pena principal la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso comprendido entre 6 años y 8 meses y 12 años.

Ahora bien, el sentenciador de primer grado al momento de determinar la sanción principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas la fijó en cinco (5) años, tal como se desprende de las consideraciones plasmadas en el acápite “FENÓMENOS POSTDELICTUALES”, dentro del cual manifestó que respecto de dicha sanción debía determinársele en “el mínimo” consagrado por el artículo 404 de la Ley 599 de 2000.

Dentro de tales condiciones, en este evento no se puede concluir que la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no fue motivada, máxime cuando, como se dijo, los sentenciadores estimaron que debía fijarse en el mínimo contemplado para la conducta punible de concusión.

En consecuencia, la Sala no comparte el cargo fundado por los senderos de la causal segunda de casación, puesto que de las consideraciones de la sentencia se advierte que la intención del sentenciador fue la de determinar la sanción principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en el mínimo que ellos contemplaron que era para esa conducta punible.

Por manera que no le asiste la razón al censor en demandar la casación de la sentencia por una presunta falta de motivación de la misma.

Es verdad que el juzgador fijó la citada pena tanto como sanción principal y accesoria, aspecto que se erige en un error de selección normativa y que la Sala se ocupará en estudiar en cargo posterior.

Tercer cargo

1. El defensor de Rojas Perdomo, esta vez con base en la causal primera de casación, acusa al Tribunal de haber violado, de manera directa, la ley sustancial, toda vez que el juzgador al momento de determinar la pena de prisión partió dentro del primer cuarto del ámbito de movilidad, a cuyo mínimo le aumentó 6 meses porque el comportamiento punible causó alarma social; y, no obstante, para negar el sustituto penal de la prisión domiciliaria, tal consideración fue nuevamente valorada, incurriendo en un doble castigo y en un doble juzgamiento.

2. De acuerdo con los argumentos expuestos por el casacionista, estima la Corte que no le asiste razón por dos aspectos, a saber:

En primer lugar, recuérdese que Said Estiver Rojas Perdomo aceptó la comisión de la conducta punible de concusión, que según el artículo 404, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, comporta una pena de prisión que oscila entre 96 y 180 meses. Por su parte el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, estatuye que la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión procede, entre otros presupuestos, por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

Dentro de tales condiciones, resulta claro para la Corte que este evento la prisión domiciliaria no procedía respecto de la conducta punible de concusión, en tanto que tiene una pena mínima que supera el contemplado como factor objetivo para hacerse acreedor a esa medida sustitutiva de la de prisión.

Ahora bien, en este asunto no puede predicarse que como quiera que el acusado

aceptó los cargos de acuerdo con lo reglado por el artículo 351, inciso 1°, de la Ley 906 de 2004, la pena sufrió modificaciones, en virtud de la rebaja contemplada en el citado artículo y que en este evento fue del 50 por ciento, habida cuenta que la misma no modifica los extremos de la punibilidad reglada en el correspondiente tipo penal sino que dicho descuento se hace una vez que se ha determinado la pena en general.

Dicho de otra manera, la rebaja de pena consagrada para los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, no incide en los extremos de la punibilidad reglada para el correspondiente tipo penal, sino que ella sólo es aplicable una vez que se ha determinado la sanción.

En segundo lugar, no es cierto que el juzgador de instancia hubiese negado el reconocimiento de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, con los mismos argumentos constitutivos para dosificar la pena privativa de la libertad.

En efecto, el juzgador de primera instancia, una vez que fijó el ámbito de movilidad en el primer cuarto, estimó que en este evento no se podía partir del mínimo establecido, en la medida en que el comportamiento del acusado, de acuerdo con lo preceptuado por el inciso 3° del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, se debía calificar como grave, puesto que lesionó, entre otros bienes jurídicos, “la moralidad de la actividad estatal y la ética en el ejercicio de las facultades emanadas de los cargos públicos”.

Y, en lo atinente a la prisión domiciliaria, consideró que en este evento no concurría en el acusado el factor subjetivo para concederle dicho sustituto, en tanto que se advirtió que dada las circunstancias personales y sociales del condenado, no lo hacía acreedor a ese beneficio.

Por su parte, el juzgador de segunda instancia negó de igual manera la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión al mantener la anterior decisión y, agregó,

que dado los postulados de la prevención general y la entidad del delito se avizora que el hoy sentenciado atentó contra el Estado colombiano representado en la justicia, “que confiaba en su honestidad y lealtad”.

Por manera que no resulta atinada la formulación del cargo, en tanto que no se trasgredió la ley sustancial para negar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, en la medida en que por el factor objetivo se concluyó que Rojas Perdomo no tenía derecho a tal beneficio, puesto que la pena mínima consagrada para la conducta punible de concusión supera los cinco (5) años a que hace referencia el artículo 38 de la Ley 599 de 2000; y por el factor subjetivo, se advirtió que tampoco se cumplía por razón de las condiciones personales y sociales del hoy sentenciado.

En tales condiciones, el cargo no está llamado a prosperar.

Cuarto cargo

1. De igual manera, el defensor de Rojas Perdomo, al amparo de la causal primera de casación, acusa al Tribunal de haber violado la ley sustancial, habida cuenta que la Corporación desbordó el recurso de apelación interpuesto por el fiscal e impuso a su defendido la sanción de “destitución del cargo” sin ningún tipo de motivación.

2. Frente al tema en discusión, vale una vez mas recordar que la Sala, en decisión del 11 de abril del año en curso, sobre la competencia del superior para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, anotó:

“2. Teniendo en cuenta los argumentos del libelista y de acuerdo con lo reglado por el artículo 179 de la Ley 906 de 2004, la Sala concluye en los siguientes aspectos:

“a) El recurso de apelación contra la sentencia de primer grado se interpone y se concede en la misma audiencia de su lectura, para lo cual la parte interesada solicitará los

aportes pertinentes de los registros que a su juicio guarden relación con las inconformidades planteadas.

“b) Recibido el fallo en la secretaria de la correspondiente Sala Penal del Tribunal Superior, ésta deberá acreditar la entrega de los aludidos registros.

“c) Cumplido con el anterior presupuesto, el Magistrado Ponente convocará a audiencia de debate oral, que se celebrará dentro del lapso de diez (10) días siguientes, en la que la parte sustentará el recurso y, así mismo, se escucharán los alegatos de los intervinientes no recurrentes que estén presentes en dicho acto.

“d) Agotado lo anterior, el Magistrado Ponente convocará para audiencia de lectura de fallo, que se cumplirá dentro de los diez (10) días siguientes.

“Ahora bien, resulta igualmente claro que el compromiso del sentenciador al desatar el recurso de apelación está circunscrito a responder cada uno de los argumentos de inconformidad presentados por el recurrente o recurrentes, sin que le sea dable incluir aquellos que no han sido objeto de impugnación.

“Frente a este último punto, recuérdese que si bien la Ley 906 de 2004 no establece de manera expresa límite respecto a la competencia del superior para desatar el recurso de apelación, como sí lo hacía la Ley 600 de 2000 en el artículo 204, de todos modos, en virtud de lo consagrado por el artículo 31 de la [Constitución Política](#), que consigna los principios de doble instancia y la prohibición de la reforma en peor, la decisión de segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación y que éstos no constituyan un desmejoramiento de la parte que apeló.

“Lo anterior tiene razón jurídica procesal, en tanto que el nuevo sistema contempla que el impulso del juicio está supeditado a las tesis y a las argumentaciones que los

intervinientes aduzcan frente a sus pretensiones, las cuales tienen vocación o no de éxito dependiendo del resultado de la actividad probatoria. Dentro del tal premisa, se impone entonces colegir que el sentenciador de segundo grado, frente a la inconformidad del impugnante, debe circunscribir su competencia a los asuntos que el recurrente ponga a su consideración, sin que le sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que advierta violación de derechos y garantías fundamentales.

“Ahora bien, el hecho de que al sentenciador de segunda instancia se le plantee en la impugnación una inconformidad relacionada con la valoración de una prueba específica, ello no significa que el ad quem no pueda, en aras de su labor constitucional y legal, evaluar el conjunto probatorio para lograr, dentro del marco de la legalidad, adoptar sus conclusiones.

“En otros términos, en tratándose de inconformidades que radiquen sobre el grado de persuasión otorgado a un elemento de juicio, tal aspecto no puede ser analizado de manera insular frente a las demás conclusiones probatorias, habida cuenta que las pruebas deben ser valoradas con estrictez a las reglas de la sana crítica, es decir, que las probanzas deben ser apreciadas de manera individual y mancomunada con el fin de declarar como probados o no los hechos que se discuten al interior del proceso.

“De ahí que en lo atinente al punto de discusión probatoria, tal situación debe ser examinada por la instancia de manera particular respecto de la ocurrencia del defecto invocado y socialmente en torno con los demás elementos de juicio, a efecto de verificar si el yerro de apreciación probatoria resultó trascendente frente a la masa probatoria.

“Dicho de otra manera, el yerro de apreciación probatoria demandado se debe cotejar con las demás probanzas que se consideran como bien apreciadas con el objeto de

establecer su trascendencia, puesto que puede ocurrir que el error de derecho o de hecho denunciado sobre el medio de prueba existe; no obstante, tal circunstancia no lleva fatalmente a concluir que le asista razón al impugnante, toda vez que si el mismo no logra modificar las circunstancias fácticas declaradas como probadas en la sentencia, las decisiones adoptadas en el fallo recurrido permanecen incólumes”¹³.

En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, de acuerdo con los registros técnicos se advierte que el fiscal interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por cuanto no compartía la determinación de la pena hecha por el juzgador.

Dentro de tales condiciones, en la audiencia de sustentación de la impugnación y guardando cohesión con el motivo de inconformidad, el fiscal estimó que no compartía la determinación de la pena hecha por la primera instancia por varios motivos, a saber:

- a) Que dada la gravedad del hecho se debieron tener en cuenta las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en los numerales 2° y 9° del artículo 58 de la Ley 599 de 2000.
- b) Que la rebaja de la pena por razón de la aceptación de cargos no debió ser del orden del 50 por ciento de la pena a imponer.
- c) Que se debió ordenar, como sanción accesoria, “la destitución del cargo” de asistente que tenía Rojas Perdomo en la Fiscalía General de la Nación.

El juzgador de segunda instancia, limitándose a desatar los motivos de inconformidad, sólo aceptó adicionar el fallo en lo atinente al pedimento del fiscal de ordenar “la destitución del cargo” de asistente de la Fiscalía 62 Seccional que desempeñaba Said Estiver Rojas Perdomo.

Por manera que la Corte no observa que el Tribunal hubiese desbordado su competencia para ordenar la destitución del cargo, en la medida en que tal aspecto fue objeto de pedimento por parte del fiscal al sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

De la misma manera, no observa la Sala que la determinación de la sanción accesoria de pérdida del cargo público haya sido inmotivada de tal manera que no se permita deducir las razones que condujeron a su imposición, puesto que en el fallo se anotó que el cargo sirvió de medio para que el acusado cometiera la conducta concusionaria y, por tal motivo, se hacía acreedor a dicha sanción accesoria.

Así, el cargo no está llamado a prosperar.

Quinto cargo

1. Finalmente, el defensor de Rojas Perdomo acusa al Tribunal de haber violado la ley sustancial, en la medida en que la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se impuso, al mismo tiempo, como sanción principal y accesoria.

2. Como lo destacaron el Fiscal Delegado ante esta Corporación y la Procuradora Delegada para la Casación Penal, es claro que el citado yerro vulneró la ley sustancial por aplicación indebida de las normas reguladoras de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como sanción accesoria, esto es, entre otras, los artículos 43 y 44 de la Ley 599 de 2000, en la medida en que estos preceptos no eran los llamados a gobernar el asunto, en tanto que dicha sanción se erigía con el carácter de principal, de acuerdo con lo reglado por el artículo 404 de la Ley 599 de 2000.

En efecto, recuérdese que la conducta punible de concusión comporta, como penas principales la de prisión, la multa y la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Así las cosas, la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no podía concurrir, al mismo tiempo, como pena principal y accesoria.

De ahí que la Sala casará parcialmente la sentencia impugnada y, por ende, excluirá la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como sanción accesoria, dejando como vigente la impuesta como principal.

En consecuencia, el cargo está llamado a prosperar

CASACIÓN OFICIOSA

Considera la Corte que la determinación de la sanción principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no consultó las consideraciones del juzgador, en el sentido que le reconocía al acusado la rebaja de pena del 50% por haber aceptado los cargos antes de la audiencia de formulación de la acusación, en la medida en que no se la hizo extensiva a dicha sanción.

En efecto, como se anunció en precedencia, el juzgador de primera instancia, inicialmente determinó la pena privativa de la libertad en 102 meses de prisión y la de multa en 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes; empero, en el acápite que llamó de los “Fenómenos Posdelictuales”, textualmente estimó:

“Como quiera que el señor Said Estiver Rojas Perdomo aceptó los cargos determinados por la fiscalía, mediando solicitud antes de la acusación y verificada en esta audiencia, la pena se disminuirá aplicando el principio de favorabilidad en la mitad, conforme lo establece el artículo 351 del C.P.P., por lo que en definitiva la pena a imponer al enjuiciable será de CINCUENTA Y UNO (51) MESES DE PRISIÓN y TREINTA Y CINCO (35) S.M.L.M.V e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso de (5) años.”.

De acuerdo con la anterior transcripción, surge claro que al aplicar la rebaja de pena contemplada en el artículo 351, inciso 1°, de la Ley 906 de 2004, excluyó la sanción principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, yerro que atenta contra las garantías del sentenciado y que impone la intervención de la Corte para subsanarlo.

Frente a este punto, la Corte aclara que el término pena a que alude el citado artículo 351, no está destinado, de manera exclusiva, a la pena privativa de la libertad sino a todas aquellas sanciones que contenga el tipo penal y, por supuesto, también se encuentra contenidas en dicha expresión las accesorias que correspondan teniendo en cuenta el acontecer fáctico declarado como probado en los fallos de instancia.

Además, observa la Corporación que el sentenciador, respecto de la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas contemplada en el artículo 404 del Código Penal (de 5 a 8 años), no le hizo el incremento que estatuye el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, esto es, no lo aumentó en una 1/3 parte para el mínimo y en la mitad para el máximo.

Así entonces, realizada la correspondiente operación aritmética frente a la multicitada inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se concluye que el mínimo queda en 6 años y 8 meses y el máximo en 12 años.

Sin embargo, en virtud del principio de no reforma en peor consagrado por el artículo 31 de la [Constitución Política](#), la Sala respetará la duración de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas determinado por el juzgador, máxime cuando el acusado es único recurrente en esta sede, guarismo al que se le aplicará la rebaja del 50% anunciada.

En esas condiciones, la Corte casará de oficio el fallo impugnado y, consecuentemente, fijará la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como

pena principal, en dos (2) años y seis (6) meses.

En lo demás, el fallo no sufre ninguna modificación.

En 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,

R E S U E L V E

1. Casar parcialmente la sentencia impugnada con base en el cargo quinto formulado en la demanda.
2. Casar, de manera oficiosa, la sentencia. En consecuencia, se condena a SAID ESTIVER ROJAS PERDOMO a las penas principales de 51 meses de prisión, multa equivalente a 35 salarios mínimos mensuales legales vigentes y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de dos (2) años y seis (6) meses y a la accesoria de pérdida del cargo público, de acuerdo con las anteriores consideraciones.
3. En lo demás, el fallo no sufre ninguna modificación.
4. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aclaración de voto

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aclaración de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aclaración de voto

Aclaración de

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

ACLARACIÓN D E VOTO

Con el debido respeto por la posición de la mayoría de la Sala, debo aclarar mi voto en el 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 predeterminedinar 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 más 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 accesorio, son impermeables, aun frente a disposiciones como la prohibición de la reforma en peyor, 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.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Acudo respetuosamente a consignar mis discrepancias con la decisión de la mayoría que consideró que a pesar de que los jueces de instancia impusieron al procesado la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso menor al mínimo previsto en los artículos 404 del cp de 2000 y 14 de la ley 890 de 2004, no se podía corregir el yerro dada la prohibición de reforma en perjuicio para el apelante único, que son las siguientes:

1. La hermenéutica derivada de la constitucionalización del proceso penal, implica que el intérprete judicial debe tener en cuenta no sólo las normas del estatuto procesal sino, y con prioridad, las normas superiores incluido el bloque de

constitucionalidad, particularmente los artículos 8, 9, 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 4 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 93 Const. Pol. y 3 cpp), y las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las Resoluciones expedidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en especial, las referentes a los derechos de las víctimas, la independencia e imparcialidad de los funcionarios judiciales y los derechos de las personas privadas de la libertad, y las Recomendaciones adoptadas por organismos internacionales encargados de velar por el respeto de las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario¹⁴.

2. En la teoría constitucional del proceso imperan los brocardicos que a cada tipo de Estado corresponde una determinada sistemática procesal y es el proceso penal el sismógrafo de la democracia de un país. Además, la dignidad humana es valor central del Estado Constitucional de Derecho y soporte del derecho punitivo¹⁵, y los derechos fundamentales de jueces y fiscales a la autonomía y a la independencia (artículos 228 y 230 Const. Pol.) tienen límites incuestionables en la ética judicial traducida a excelencia judicial, de presente también cuando se actúa en sede casacional, bajo el imperativo categórico de no encontrarse sometidos más que al imperio de la ley válida (artículo 230 Const. Pol.), al imperio de la justicia al fin y al cabo.

En ese contexto, dígase que al Estado Social de Derecho –como se precia de ser el nuestro, según el artículo 1 constitucional-, cuyo valor característico es la igualdad recogido como fundante desde el Preámbulo y como derecho esencial de primera generación en el artículo 13 y que sólo permite la discriminación positiva, corresponde un proceso penal social soportado en un sistema procesal de corte democrático: que tenga una concepción antropocéntrica –la dignidad humana como valor central- y procure como deber establecer con objetividad la verdad y la justicia para la prevalencia del derecho sustancial en una actuación procesal regida por las torres gemelas del garantismo de los derechos fundamentales de todos los

intervinientes y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia (Preámbulo y artículos 228 Const. Pol., y 1, 5, 10 cpp), especialmente a través de los moduladores de la actividad procesal (artículo 27 cpp) entre los que -para este evento- se destaca el de la legalidad.

3. Se ha reconocido en ese tipo de Estado la inexistencia de derechos absolutos¹⁶ pues para la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales gran parte de los derechos fundamentales se consagraron en normas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones a través de estándares de actuación que pueden dar un mayor peso relativo a un derecho que a otro en un sistema de “pluralismo valorativo” que no tiene una consagración jerárquica sino modelos de preferencia relativa condicionada a las circunstancias específicas de cada caso.

“Frente a la tensión entre el derecho de defensa y el derecho a la justicia -a reconocer la verdad de los hechos reprochables, proteger a las víctimas y sancionar a los responsables-, no existe ninguna razón constitucional para sostener que el primero tenga primacía sobre el segundo o viceversa. En efecto, si los derechos de las víctimas tuvieran preeminencia absoluta sobre cualesquiera otros, podría desproteger al inculpado hasta el punto de desconocer la presunción de inocencia y privar de libertad al sujeto mientras no se demuestre su inocencia. Sin embargo, si los derechos del procesado -como el derecho de defensa- tuvieran primacía absoluta, no podría establecerse un término definitivo para acometer la defensa, ni restringirse la oportunidad para practicar o controvertir las pruebas, ni negarse la práctica de pruebas inconducentes cuando hubieren sido solicitas por el procesado, etc. Predicar la supremacía irresistible del derecho de defensa equivaldría, en suma, a someter al proceso a las decisiones del procesado. Como la concepción “absolutista” de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas,

necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica”17.

4. Así, sólo en excepcionales circunstancias se presentan implícitamente reglas de precedencia a partir de la consagración de normas constitucionales, como sucede con la prohibición de la pena de muerte, la proscripción de la tortura y el principio de legalidad del delito y de la pena (artículos 11,12 y 29 Const. Pol.), no sometidas a ponderación alguna.

5. El general principio de legalidad en el sistema procesal penal colombiano consagra subespecies como el antitético del principio de oportunidad (artículo 250 Const. Pol.), la legalidad de las pruebas (artículos 372-382 cpp) y la legalidad del debido proceso público (artículos 29 Const. Pol. y 6 cpp).

6. En la última variante significa una especie de fair play o juego limpio, las reglas diseñadas previamente para procesar, juzgar y condenar a una persona que haya cometido delito, base esencial del Estado de Derecho, mucho más si se le pretende de Constitucional. Implica la definición previa de la conducta señalada para punir, el señalamiento del juez y el procedimiento a seguir, que en el sistema colombiano –incluida la reforma copernicana instaurada- involucra en plano de igualdad y para ponderar, los derechos esenciales del procesado, de la víctima, del tercero civilmente responsable y del asegurador, además de los de la sociedad a cargo y titularidad fundamentalmente del ministerio público18. Y, entonces:

“En ese orden de ideas, para la Corte no hay temas vedados dentro del juicio de casación, de modo que de su conocimiento no pueden excluirse a priori asuntos por haber sido resueltos por otras autoridades con vocación de permanencia procesal. Específicamente no puede afirmarse que la definición de un conflicto de competencia por la autoridad a la que la Constitución o la Ley le haya asignado esa atribución, sea un tema intocable en juicio de casación por constituirse tal

pronunciamiento en “ley del proceso”, pues en ese caso habría que reconocer dos situaciones: Una, que el juicio de casación no es comprensivo de manera absoluta, sino sólo relativa, dando lugar a otra clase de acciones extraordinarias encaminadas a la reparación de agravios fundamentales; y, dos, el concepto de “ley del proceso” estaría por fuera del ordenamiento jurídico, pues no podría abordarse por la autoridad que tiene tal función dentro de la sede que justamente verifica que no haya sido violentado, esto es, reconocerle a aquél supremacía sobre la Constitución y la Ley”¹⁹.

7. Este principio depura al proceso de “ilegalismos” de cualquier especie y proveniencia pretextados hasta ahora sin contratiempo alguno en la praxis judicial, vr. gr., en un descuido del fiscal, en la negligencia del ministerio público, en el error -podía presentarse también en el fraude- judicial, en la violencia o en violaciones impunes al DIH, tres eventos últimos ya enlistados como excepciones al principio de la cosa juzgada o derecho fundamental a la sentencia en firme, con trascendencia a causal de revisión (artículos 21 y 192.4 cpp), limpieza en la que es basilar la función nomofiláctica de la jurisprudencia tan unida a la tarea de garantías en titularidad de todos los jueces del país, y de tan elevada significación en un Estado Constitucional de Derecho que no puede nutrirse nunca de elementos surgidos de los extramuros de la legalidad.

8. Este derecho a la legalidad del delito y de la pena, no admite restricción ninguna²⁰ en la perspectiva que lo infringe el juez cuando, por ejemplo, desborda por defecto o por exceso los límites punitivos asignados para sancionar determinada conducta delictiva; es decir, cuando ese funcionario “crea” una nueva ley para regular la sanción del caso, tarea muy ajena a su rol en la tripartición de poderes del Estado de Derecho (artículo 113 Const. Pol.).

9. En consecuencia y en lo referente al conexo e inescindible principio rector, derecho fundamental o garantía de la interdicción de la no reforma en peor, que ha sufrido cambios importantes desde su primera expresión textual (artículo 31 inc. 2 Const. Pol.) a la actual (artículo 20 ley 906/2004), en cuyo intermedio se extendió a la parte civil y al tercero civilmente responsable (artículo 204, ley 600/2000), ampliación adecuada a la exégesis constitucional porque abarca sin contradecir la situación de hecho ahí descrita en un sistema de partes²¹, preciso que lo resguardo y defiende siempre y cuando el juez ajuste su decisión a los parámetros de la legalidad, su requisito sine qua nom, así se puedan discutir y calificar rangos de irregularidad subsanables bajo el argumento de interpretación atendible, como no ocurre cuando hay desvío de esos cauces, y en la plena conciencia y convicción que la decisión judicial no puede limitarse a resolver con simpleza la falsa disyuntiva de la prevalencia entre los derechos a la legalidad y a la no reforma peyorativa, sino a la salvaguarda del principio superior del debido proceso público en titularidad plural de todas las partes e intervinientes procesales, incluida la sociedad tan interesada en un “proceso limpio” para la materialización del valor justicia, y tan en la base política del Estado de Derecho que no se puede alimentar de ilegalidad.

10. En el asunto tratado, al ocuparse la decisión de la cual discrepo sobre la “CASACIÓN OFICIOSA” y admitirse que los jueces de instancia le impusieron al procesado en la sentencia una sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por debajo de la que legalmente correspondía, se adujo que la Sala no podía introducir la debida corrección ante la prevalencia de la prohibición de la reforma en perjuicio del apelante único, sobre el principio de favorabilidad.

11. Tengo para mí que los derechos fundamentales de primera generación sólo tienen el carácter de absolutos en sede del Estado Liberal de Derecho, hace rato superado por el Estado Social de Derecho y mucho más por el Estado Constitucional de Derecho caracterizado por el antiformalismo, que busca la total

correspondencia entre Derecho, ley y justicia²², y la proclamación de la autonomía e independencia del juez sobre los soportes de la Constitución y la ley, sin más mensura que los imperativos categóricos de la racionalidad y la razonabilidad de sus decisiones convertidas en jurisprudencia de principios al dotarse al juez de medios valorativos para contextualizar cada caso con la posibilidad de completar el alcance de la norma e inclusive corregirla en procura del valor justicia material.

Esa la razón de la consolidación de figuras jurídicas con inocultable acento democrático como las excepciones al derecho fundamental a la sentencia en firme (*non bis in ídem*, artículo 21 cpp) –de mayor calado que la *no reformatio in peius*–, la acción de revisión, etc., y la finalidad de la casación que obligaba (artículo 216 cpp-2000) y obliga a “superar los defectos de la demanda para decidir de fondo” (artículo 184 inc. 3 cpp-2004) en un contexto antropocéntrico de respeto por las garantías de partes e intervinientes, todos ellos seres humanos dignos e iguales con interés por la efectividad del derecho material, bien lejano de lo accidental y, mucho más, de lo ilegal.

12. Y, evidentemente, merece la categoría de ilegal, para no decir que ilícita, la conducta judicial que al dosificar la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas la fija por debajo del límite mínimo previsto en la ley, conducta desviada que el juez de escala superior debe corregir porque –se repite una vez más– el debido proceso público no se puede nutrir de albures, descuidos o fraudes, atentados esos sí contra la certeza, la seguridad jurídica y, en fin, contra el Estado de Derecho, el pacto solemne de la civilización para lograr la paz, y que debe tener en el juez su instrumento maestro, quien en este caso debió corregir el grave error judicial por el camino expedito de la oficiosidad para el imperio –además– de la certeza, el debido proceso público, que involucran la garantía a que se imponga una pena legal y a que se cumpla efectivamente, aspiración en la que necesariamente resulta acompañada por la sociedad (artículo 3

Const. Pol.).

Cordialmente,

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Magistrado

Fecha ut supra.

ACLARACIÓN DE VOTO

A continuación expreso las razones que me llevaron a aclarar voto en este caso. Mi respetuosa discrepancia con la sentencia adoptada por la Sala se concreta al aspecto donde se hace prevalecer el principio de la no reformatio in pejus sobre el principio de legalidad.

No comparto la postura según la cual el principio de legalidad debe ceder al de reformatio in pejus; en efecto, siendo aquél uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, no es posible sin su concurso asegurar la realización de los fines esenciales del Estado, tales como la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, conforme lo establece el artículo 2º de la Constitución Política. Esto es, el principio de legalidad está llamado no sólo a lograr los principales fines del Estado de Derecho sino a evitar el caos y la arbitrariedad.

En otras palabras, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica y permite a los ciudadanos tener confianza en que los funcionarios actuarán siempre con sujeción a la ley.

El respeto a la ley por parte de todas las autoridades públicas, está consagrado en los artículos 1º, 6º, 121 y 123 de la Constitución Política. Preceptos sobre los cuales ha dicho la

Corte Constitucional:

“Así las cosas, encontramos que el artículo 1 constitucional señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual conlleva necesariamente la vigencia del principio de legalidad, como la necesaria adecuación de la actividad del Estado al derecho, a los preceptos jurídicos y de manera preferente a los que tienen una vinculación más directa con el principio democrático, como es el caso de la ley.

En el mismo sentido, se encuentra el artículo 6 de la Constitución Política que, al referirse a la responsabilidad de los servidores públicos aporta mayores datos sobre el principio de legalidad, pues señala expresamente que: Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Dicha disposición establece la vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y la ley, en tanto se determina que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a sus funcionarios actuar si no es con fundamento en dichos mandatos.

...

Por su parte, el artículo 121 de la Carta reitera el contenido del principio de legalidad, al señalar que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, y el artículo 123 estipula que existe un sistema de legalidad que vincula a todos los servidores públicos y a todas las autoridades no sólo a la Constitución y la ley, sino que la extiende al reglamento, ello para poner de presente que las autoridades administrativas de todo orden deben respetar la jerarquía normativa y acatar, además de la Constitución y la ley, los actos administrativos producidos por autoridades administrativas ubicadas en el nivel superior”²³.

La función judicial no constituye una excepción al mandato superior de la necesaria

sujeción a la ley. Por ello, en el artículo 230 de la Carta se consagra la siguiente perentoria disposición:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”.

Para la trascendente función de administrar justicia el constituyente quiso reiterar en la norma citada el sometimiento de los jueces, en el ejercicio de sus funciones, a la ley, impidiendo de esa forma el capricho y la arbitrariedad.

En materia punitiva, el principio de legalidad está consagrado en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución política. Conforme a esa disposición, “(N)adie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio”.

Estatuir que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, implica que para condenar a una persona se requiere que su conducta esté previamente definida como delito; de la misma manera, que sólo puede imponérsele la pena previamente establecida en la ley.

El reconocimiento universal del principio de legalidad no fue pacífico. Su consagración en materia punitiva se le debe en gran medida a CESARE BECCARÍA, quien inspirado en el pensamiento iluminista y en reacción a los desafueros de la monarquía, postuló el apotegma “nullum crimen, nulla poena sine lege”, cuyo fin estaba dirigido a propender porque se erigieran como delito solamente aquellas conductas que produjeran daño social, sin que pudiese existir persecución por los denominados vicios o pecados, según las definiciones de carácter meramente moral que los gobernantes asignaban ex novo a comportamientos de esa naturaleza²⁴.

Buscaba también que las sanciones no fuesen inhumanas²⁵ y que se

aplicaran, además, en forma proporcional al delito cometido²⁶.

El pensamiento de BECCARÍA se inspiró en el contrato social de HOBBS y ROUSSEAU, entre otros. Conforme a esa concepción, los hombres vivían en un estado de naturaleza donde las constantes guerras hacían imposible la convivencia pacífica. Por eso decidieron celebrar un acuerdo, en virtud del cual entregaron a un tercero (el Estado) la potestad de regular sus vidas. Sin embargo, no entregaron el poder total, “sino la porción necesaria para ‘mantener el buen orden’”²⁷. De ahí que “con quien ha realizado un comportamiento que se considera violatorio de las normas impuestas en una determinada sociedad, no se puede hacer lo que se venga en gana”²⁸.

Base del modelo contractualista fue, entonces, la imposición de límites al ejercicio del poder del Estado. Su control opera a través de las leyes que, en el campo punitivo, presupone definir en éstas qué acciones son constitutivas de delitos y cuál la sanción a imponer por su realización.

Las ideas de los iluministas constituyeron motor de la revolución francesa de 1789, movimiento que llevó a la proclamación, ese mismo año, de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, en cuyos artículos 5º y 6º quedó plasmada la supremacía de la ley. El siguiente es el texto de esas disposiciones:

“Artículo 5: La ley puede prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena”.

“Artículo 6: La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar en su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. La ley debe ser igual para todos, tanto para proteger como para castigar. Puesto que todos los ciudadanos somos iguales ante la ley, cada cual puede aspirar a todas las dignidades, puertos y cargos públicos, según su capacidad y sin más

distinción que la de sus virtudes y talentos”.

A su turno, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas quedó expresado en los artículos 7º y 8º de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, cuyos textos son del siguiente tenor:

“Artículo 7: Nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado fuera de los casos determinados por la ley y de acuerdo con las formas por ellas prescritas. Serán castigados quienes soliciten, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias. Todo ciudadano convocado o requerido en virtud de la ley debe obedecer al instante; de no hacerlo, sería culpable de resistir a la ley.

“Artículo 8: La ley no debe establecer más penas que las necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.

La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano inspiró las Constituciones de los países donde se instauró posteriormente el modelo de Estado de Derecho, en el cual, por tanto, el principio de legalidad pasó a constituir elemento estructural y fundamento del mismo.

A tono con esa concepción, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que el referido principio tiene una posición central en la configuración del Estado de derecho, en la medida en que es rector del ejercicio del poder y rector del derecho sancionador²⁹.

Es tal la trascendencia del principio de legalidad en los Estados democráticos de Derecho y tan importante para la convivencia de los ciudadanos, que ni aún en los estados de excepción es posible su suspensión. Así lo tiene previsto la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica³⁰,

que forma parte del denominado bloque de constitucionalidad, conforme lo establecido en el artículo 93 de la Carta Política. En efecto, el artículo 27 de la citada Convención dispone:

“Suspensión de garantías.

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos” (el subrayado es nuestro).

De tal manera que corresponde a las autoridades públicas no sólo cumplir las leyes sino velar porque no se desconozcan. Esa función, como servidores públicos que son, recae también en los jueces de la República. Por ello, cuando algún funcionario judicial, cualquiera que sea su jerarquía, advierta la vulneración del principio de legalidad, su deber es corregir el dislate. No puede, en modo alguno, erigirse en obstáculo del

cumplimiento de esa obligación constitucional la prohibición de la reformatio in pejus consagrada en el inciso segundo del artículo 31 superior.

La veda de la reforma en peor no constituye un derecho absoluto³¹, de modo que si entra en tensión con el principio de legalidad es necesario ponderarlos para determinar cuál de los dos tiene prevalencia. “La ponderación es... la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”³²

Entonces, mi criterio va dirigido a especificar la necesidad de ponderar en caso de tensión entre el principio de legalidad y el de la no reformatio in pejus, sin que la aplicación de este último implique desconocer el primero, de manera que cuando la pena impuesta quebrante la legalidad, es deber del superior restablecer el ordenamiento jurídico, así el condenado sea el único apelante. Sólo de esa manera puede afirmarse que la decisión judicial está sometida al imperio de la ley y, por consiguiente, a los dictados de la Constitución Política. Lo contrario sería concluir que la Carta, al paso que exige a los funcionarios judiciales someterse a la ley, al mismo tiempo fomenta su vulneración. Tal antinomia resulta constitucionalmente inadmisibles, pues comporta desconocer otros principios esenciales para la convivencia ciudadana, como la seguridad jurídica y la igualdad.

Se quebranta la seguridad jurídica, porque sin los límites que presupone el principio de legalidad, cada juez adoptaría sus decisiones sin otro control que sus consideraciones subjetivas. Y se vulnera el principio de igualdad, por cuanto los destinatarios de la ley penal recibirán un tratamiento punitivo distinto, sin importar que se encuentren en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas.

En suma, debe entenderse que, la Constitución Política presupone, para la aplicación

del principio de la no reformatio in pejus, que la pena sea legal. Por ello, es deber de los jueces restablecer el ordenamiento jurídico cuando quiera que la sanción no respete los parámetros establecidos en él.

Los anteriores razonamientos constituyen los motivos que soportan mi inconformidad parcial con respecto a los fundamentos de la sentencia adoptada por la Sala.

Con toda atención,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Magistrada

Fecha ut supra

1 El derecho que se tiene de conocer lo que realmente sucedió y buscar la correspondencia entre la verdad procesal y la verdad real.

2 El derecho que se tiene a que el hecho objeto del proceso no quede impune.

3 El derecho que se tiene de obtener una reparación de daño causado por la comisión de la conducta punible a través de una compensación económica.

4 Sentencia C-209 de 21 de marzo de 2007.

5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sent. Marzo 1º/1995, rad. 8608.

6 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-209, marzo 21 de 2007.

7 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-209, marzo 21 de 2007.

8 Cfr., a la víctima en ejercicio de sus derechos no solamente se le debe entregar copia del escrito de acusación, sino que puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para hacerle observaciones a la imputación o manifestarse sobre recusaciones, impedimentos o nulidades.

9 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-228 de 2002.

10 Rad. 24.829.

11 Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 2006

12 Artículo 137. Intervención de las víctimas en la actuación penal. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.
2. El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.
3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.
4. En caso de existir pluralidad de víctimas, el fiscal, durante la investigación, solicitará

que estas designen hasta dos abogados que las represente. De no llegarse a un acuerdo, el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo.

5. Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.

6. El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.

7. Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.

13 Rad.26128.

14 Además, presente se ha de tener que “Las menciones generales sobre el nuevo sistema procesal penal, citadas anteriormente, permiten advertir que se trata de un nuevo modelo que presenta características fundamentales especiales y propias, que no permiten adscribirlo o asimilarlo, prima facie, a otros sistemas acusatorios como el americano o el continental europeo”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-591 de 2005. Por eso, con arraigo en los derechos fundamentales de tercera generación al desarrollo y a la independencia y autonomía de los Pueblos, derivados de la Declaración de Argel, se le llama Sistema Acusatorio Colombiano o “sistemática procesal con olor a café” (URBANO).

15 “La dignidad humana como valor central de la Carta Política colombiana, es el haz de valores vinculados al hombre, aquello que lo constituye en valor supremo de la vida social y que por lo mismo debe preservarse; según el artículo 1° de la Constitución, Colombia es una República fundada, entre otros valores, en el respeto a la dignidad humana. Y de conformidad con el inciso final del artículo 53, la ley no puede

menoscabar la libertad y la dignidad. Esto nos lleva a preguntarnos: ¿qué es la dignidad humana?”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sents. T-401 de 1993, T-222 de 1992 y T-067 de 1998. Los griegos definieron al hombre como homo sapiens, quien coloca su inteligencia en procura de medios de existencia. ARISTÓTELES, como zoon políticón, animal político, el que es social porque vive en la polis. MARX, actividad libre y conciente fruto del hombre como animal social. Otros lo llaman homo faber o hacedor de herramientas o utensilios. Y, homo esperans, el que espera y tiene esperanza. De esa esencia, que se torna en existencia, participan actores, partes e intervinientes del proceso penal.

16 “La mayoría de los derechos fundamentales pueden verse enfrentados a otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes, en estas condiciones, para asegurar la vigencia plena y simultánea de los distintos derechos fundamentales y, adicionalmente, para garantizar el respeto de otros intereses constitucionalmente valiosos, es necesario que los derechos se articulen, auto-restringiéndose, hasta el punto en el cual resulte posible la aplicación armoniosa de todo el conjunto”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-475 de 1997.

17 “Los intereses constitucionalmente relevantes –como el debido proceso o el derecho a la verdad- suelen restringirse unos a otros, para poder coexistir en las sociedades democráticas”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-475 de 1997. “La verdad es el presupuesto básico de cualquier proceso de paz respetuoso de los derechos de las víctimas. Y es que si no hay verdad, difícilmente puede existir reparación o castigo, pues no se sabría a quién castigar ni a quién reparar. Igualmente, si la sociedad no comprende lo que pasó, difícilmente puede poner en marcha mecanismos que impidan la recurrencia de esas conductas atroces. No habría entonces ninguna garantía de no repetición”. RODRIGO UPRIMNY YEPES, La verdad de la ley de justicia y paz. “La entidad perjudicada puede estar interesada no sólo en la recuperación del patrimonio público, sino, por ejemplo, también tener interés en esclarecer con detalle los hechos

para, luego, examinar los factores internos, de diverso orden, que contribuyeron a la realización del hecho punible. Por ello, encuentra la Corte que el desplazamiento o exclusión por la Contraloría, de la entidad pública perjudicada, vulnera sus derechos a acceder a la justicia (artículo 229, CP) y le impide el goce efectivo de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C- 228 de 2002.

18 “El Ministerio Público, que constituye una notoria particularidad de nuestro sistema procesal penal, ‘continuará ejerciendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional’, es decir, ejerce diversas funciones en tanto que garante de los derechos fundamentales y representante de la sociedad”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-591 de 2005. “Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-591 de 2005.

19 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. 17.550 de 6 marzo de 2003. “El juez, en el Estado Social de Derecho, también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución –sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambas procesos de creación de derecho”. CORTE

CONSTITUCIONAL, Sent. T-406 de 1992. “Además, cabe recordar que el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-591 de 2005.

20 CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C- 475 DE 1997.

21 En cuanto “constituye un medio para asegurar en mejor medida los derechos de la víctima a la justicia, la verdad y la reparación, ya que cuando ésta se constituya en apelante único, el superior jerárquico no podrá desmejorar la situación en relación con el disfrute de tales derechos amparados por la Constitución y por los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-591 de 2005. Por todos : Sent. C-228 de 2002, Ms.Ps., Drs. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y EDUARDO MONTEALEGRE LYNET.

22 Artículo 5. Imparcialidad. “En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”. Artículo 27. Moduladores de la actividad procesal. “En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”.

23 Sentencia C-028 de 2006.

24 BECCARÍA, Cesare. De los delitos y de las penas. Estudio preliminar de Nódier Agudelo

Betancur. Universidad Externado de Colombia, pags. XVII y 18. Beccaría rechazó firmemente la idea de que la pena tuviera fines expiatorios.

25 Estaba en desacuerdo con la tortura y tratos crueles, así como con la pena de muerte como sanción generalizada.

26 Dentro de sus postulados también estuvo la igualdad de las sanciones. Decía: “Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen a él unida mayor ventaja” (pág. 20 ob. cit.).

27 VANOSSI, Jorge Reinaldo. Teoría Constitucional. Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1975.

28 BECCARÍA, Cesare. Ob. cit. Pág. XVII.

29 Cfr. Sentencias C-710 de 2001 y C-530 de 2003.

30 Aprobado mediante la Ley 16 de 1972.

31 En la sentencia C-028 de 2006 la Corte Constitucional señaló que no hay derechos absolutos.

32 BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, tomo I, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 269.