

Proceso No 30114

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrados Ponentes:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado Acta No. 207

Bogotá, D.C., julio veintinueve (29) de dos mil ocho (2008).

VISTOS

La Sala resuelve la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado JOSÉ TOBÍAS PUMAREJO CARO contra el fallo proferido el 21 de febrero de 2008 por el Tribunal Superior de Riohacha, confirmatorio del dictado el 26 de noviembre de 2007 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Villanueva, a través del cual fue condenado por el delito de peculado por apropiación.

HECHOS

JOSÉ TOBÍAS PUMAREJO CARO, en su condición de director de la sucursal del Banco Agrario de Colombia de Urumita (Guajira), se apoderó de \$241.364.836 de propiedad de tal entidad en los meses de octubre de 2004 y febrero de 2005, específicamente de \$121.800.000 en efectivo y \$119.564.836 simulando movimientos crediticios sobre varias

cuentas corrientes, tras lo cual huyó. Un mes más tarde regresó expresando que un grupo al margen de la ley, el cual no identificó, lo había obligado a entregar ese dinero.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en lo anterior, la Fiscalía Seccional de San Juan del Cesar (Guajira) declaró abierta la instrucción y vinculó mediante indagatoria a JOSÉ TOBÍAS PUMAREJO CARO, resolviéndole su situación jurídica provisional con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, por su posible autoría en la conducta punible de peculado por apropiación.

Tras negar en varias oportunidades la revocatoria de esa medida, admitió la demanda de constitución de parte civil y clausuró la investigación, por lo tanto, el 21 de noviembre de 2005 calificó el sumario con resolución de acusación en contra del procesado PUMAREJO CARO, por su probable autoría en el ilícito por el cual lo aseguró e, impugnada esa decisión, el 13 de enero de 2006 fue confirmada por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de Riohacha, quien dispuso la compulsa de copias para investigar un eventual atentado contra la fe pública.

La etapa de la causa la adelantó el Juzgado Promiscuo del Circuito de Villanueva, el cual, una vez agotó la audiencia preparatoria, concedió la libertad provisional al procesado por vencimiento de términos y, cumplida la vista pública, dictó sentencia el 26 noviembre de 2007 condenando a JOSÉ TOBÍAS PUMAREJO CARO a las penas principales de ocho (8) años de prisión, multa de doscientos cuarenta y un millones trescientos sesenta y cuatro mil ocho cientos treinta y seis pesos (\$241.364.836) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por aquel término, tras hallarlo autor responsable de la conducta punible de peculado por apropiación.

Adicionalmente, le impuso la obligación de pagar, por concepto de perjuicios, una suma igual a la prevista como sanción pecuniaria más los intereses liquidados de acuerdo con el

índice de precios al consumidor. Así mismo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, también decidió no compulsar copias para investigar la posible infracción contra la fe pública y, finalmente, ordenó la captura una vez en firme el fallo.

La apelación corrió por cuenta del defensor y el procesado, pero sólo el primero la sustentó, en tanto el último prefirió declinar la misma, renuncia frente a la cual no se produjo ningún pronunciamiento en la primera instancia, en consecuencia, el Tribunal, con proveído del 21 de febrero de 2008, aceptó el desistimiento, confirmó la sentencia, ordenó la expedición de copias para investigar la posible conducta punible de falso testimonio y, contrario a lo estimado por el Juez a quo, dispuso la compulsa de duplicado de la actuación para investigar la infracción contra la fe pública; por consiguiente, el apoderado del inculcado interpuso recurso de casación y presentó en tiempo el respectivo libelo.

LA DEMANDA

A través de un cargo denuncia el fallo por haber incurrido en violación directa de la ley de carácter sustancial, lo cual condujo a la aplicación indebida del artículo 397 del Código Penal.

Señala, frente al procesado, que “Para desvirtuar el cargo que se le endilga, tenemos que hacer un análisis ponderado de todos los elementos probatorio (sic) arrimados al proceso, así como [de] las circunstancia (sic) de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de los hechos”.

Agrega que el procesado en su indagatoria reconoció haber participado activamente en el delito, pues fue víctima de un grupo al margen de la ley que no identificó, el cual lo amenazó con causar daño a su familia si no entregaba el dinero de la entidad financiera solicitado por ellos.

Expresa que si el inculpado hubiera querido apropiarse del dinero de la entidad financiera, lo habría hecho huyendo a Venezuela en razón de su cercanía con el lugar de los hechos, sin embargo, no lo hizo, de donde se sigue que tal circunstancia ha debido analizarse por el juzgador.

Añade que a pesar de ser la versión del acusado espontánea y sincera, la segunda instancia la desestimó por no denunciar oportunamente los hechos, ignorándose que en el país quien “denuncia tiene una lápida gratuita”, en consecuencia, para el actor el Tribunal violó “de forma directa, por aplicación indebida el artículo 397 de la Ley 599 de 2000... al deducirle responsabilidad penal al procesado... cuando de todo el acervo probatorio se establece la ausencia de responsabilidad de que trata el art. 32, numeral 9 de la Ley 599 de 2000, o en su defecto no haberle reconocido las circunstancias de menor punibilidad contenidas en el art. 55 de la misma normatividad”.

De otra parte, una vez recuerda la imposibilidad de discutir los hechos y la valoración probatoria cuando la censura apunta a denunciar el desconocimiento inmediato de una norma de derecho sustantivo, sostiene que “Siguiendo los parámetros fijados por la técnica de casación penal, cuando se ataca la antijuricidad (sic), se debe aceptar la tipicidad de la conducta, en este caso del Peculado por Apropiación, pero debe hacerse al amparo de la violación directa de la ley sustancial con fundamento en los medios de convicción arrimados al proceso”.

Además, “El planteamiento de la defensa técnica frente a la antijuricidad (sic) material radica en la ausencia de daño como consecuencia de la conducta típica”.

En consecuencia, solicita “se dicte sentencia de reemplazo absolutoria por cuanto se aplicó indebidamente el art. 397 de la de la (sic) Ley 599 de 2000, ante la imposibilidad de imputar la conducta por parte del juez fallador y ratificada por el Tribunal Superior de

Riohacha, ya que la conducta es atípica”.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Con el propósito de comprender el sentido de la evaluación que corresponde adelantar a la Sala frente a la admisibilidad de la demanda de casación, es preciso señalar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000, ésta se contrae a verificar la satisfacción de ciertas exigencias de lógica y adecuada argumentación, unas previstas por el legislador y otras desarrolladas por la jurisprudencia, con lo cual se pretende impedir la transformación del recurso en una instancia adicional a las ordinarias ya evacuadas en el proceso.

Los requisitos reclamados por esas dos vías persiguen constatar en la demanda el cumplimiento de unos presupuestos mínimos de coherencia en los cargos que la conforman, lo cual supone expresar de forma clara, precisa y completa los argumentos en sustento de aquéllos, para asegurar el entendimiento del problema jurídico a la Corte, pues no es su función constitucional y legal descifrar o desentrañar propuestas incompletas, confusas, ambivalentes o contradictorias.

Ahora, es preciso mencionar que el recurso extraordinario procede contra sentencias dictadas por delitos cuyo quantum máximo punitivo exceda de ocho años. Así mismo, se puede intentar contra fallos de segunda instancia de Tribunal o de Juez Unipersonal a pesar de no cumplir tal requisito punitivo, en concreto cuando el interés se cifre en el restablecimiento de derechos fundamentales o el desarrollo de la jurisprudencia, casos en los cuales se debe argumentar previa y suficientemente sobre el tópico que concite la atención.

Igualmente, el impugnante debe contar con interés para demandar y, de conformidad con lo estipulado en el artículo 212 del Estatuto Procesal Penal, le es imperativo señalar la causal, desarrollar los cargos en sustentación del recurso, expresando los fundamentos

y las normas infringidas, así como demostrar la trascendencia del fallo en aras de cumplir alguno de los fines establecidos por el legislador en el artículo 206 ibídem, valga decir, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios padecidos por éstos o la unificación de la jurisprudencia.

Lo anterior impone paralelamente el respeto por los principios que gobiernan el recurso de casación y particularmente el de sustentación suficiente, según el cual la demanda debe bastarse a sí misma para provocar la anulación del fallo y, el de crítica vinculante, por cuyo medio se exige una alegación fundada en las causales previstas taxativamente por la normatividad vigente y el cumplimiento de determinados requisitos de forma y contenido de conformidad con la selección realizada por el actor.

De otra parte, cuando se discute la violación directa de la ley sustancial, conviene recordar que el debate se contrae al escenario exclusivamente jurídico y de allí que el casacionista deba adherirse a la apreciación de los elementos de persuasión conforme fue precisada por el fallador, así como a la realidad fáctica declarada en la sentencia objeto de impugnación extraordinaria.

Por consiguiente, puede ocurrir que el fallador omita aplicar la norma encargada de atender la situación concreta, por cuanto yerra sobre su existencia o validez (falta de aplicación o exclusión evidente), realiza una defectuosa adecuación del supuesto fáctico probado frente a la hipótesis contemplada en el precepto (aplicación indebida) o bien porque asigna a la disposición un sentido ajeno a ella o cuando le atribuye un efecto diverso o contrario al que se desprende de su contenido (interpretación errónea).

A pesar de las precisiones que anteceden, en el caso particular el impugnante permanentemente rechaza los hechos fijados en el fallo, así como la estimación de los medios de convicción.

En efecto, mientras el Tribunal no encontró demostrados los elementos constitutivos del

miedo insuperable, por cuanto desestimó la versión del inculpado por no precisar los datos del individuo que lo habría abordado para pedirle el dinero y rechazó los testimonios de los familiares y amigos del procesado, pues se limitaron a repetir lo dicho por el inculpado y agregaron aspectos jamás referidos por éste, el demandante, por su parte, prefirió dar por sentada la existencia de una amenaza contra la familia de aquél, para lo cual se basó en el relato de su representado y en que no huyó a Venezuela a pesar de poderlo hacer.

Adicionalmente, no obstante el exhaustivo análisis dogmático del instituto del miedo insuperable realizado por el Juzgador Colegiado con apoyo en criterio de autoridad con el propósito de desvirtuar su presencia en el caso particular, por su parte el libelista no ofrece ningún predicado orientado a demostrar la configuración de sus elementos, razón de más para evidenciar la falta de lógica y adecuada argumentación del cargo.

Incluso tampoco expresa los motivos por los cuales estima, de forma alternativa, haberse dejado de aplicar el artículo 55 del Código Penal, lo cual implica un doble error que afecta el principio de limitación, por cuanto de un lado, el recurso de casación no es el escenario para promover distintas visiones para que sea la Corte la encargada de seleccionar alguna y, de otra parte, el silencio sobre la pertinencia de la propuesta impide a la Sala complementar la censura en este sentido.

El infortunio del cargo se prolonga hasta el final, por cuanto el actor lanza expresiones en torno de la antijuridicidad imposibles de conciliar entre sí, así como de cara a la realidad procesal y, para no quede duda de la desorientación del libelista, finalmente sostiene que la conducta es atípica.

En todo caso, baste señalar que si la propuesta del censor se orientaba a demostrar la verificación de la causal de ausencia de responsabilidad de miedo insuperable surgida por amenazas de un tercero y, en consecuencia, al procesado no le era exigible una

conducta adecuada a derecho, entonces el discurso no podía estar encaminado a negar las dos primeras categorías del delito sino la culpabilidad, sobre lo cual también se abstuvo de emitir pronunciamiento alguno.

En consecuencia, el cargo debe ser inadmitido.

Casación oficiosa

La Sala evidencia el desconocimiento de garantías fundamentales y con el propósito de descubrir el alcance de la vulneración identificada, recuerda que si bien el Tribunal acertadamente puso de presente algunas irregularidades cometidas por la Juez Unipersonal al individualizar la pena, las cuales consideró imposible corregir en virtud de la garantía de non reformatio in pejus que ampara al procesado, pues su defensor fungió como impugnante único, es necesario que la Corte se refiera a todas esas anomalías para determinar cuál o cuáles de ellas pueden ser corregidas en esta sede.

Para comprender la situación presentada, inicialmente se mencionará la regulación legal pertinente a efectos de evidenciar los yerros en que incurrió la primera instancia y, posteriormente, se concretará el efecto práctico de cara al caso particular, bajo la limitación, como se advirtió, de la garantía de non reformatio in pejus.

Entonces, de acuerdo con el inciso primero del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, las penas para el delito de peculado por apropiación son de “prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término”.

A su vez, el inciso segundo de la misma norma prevé que “Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad”, aclarándose que “La pena de multa no superará los

cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Ahora, según se sabe, el valor de lo apropiado fue de \$241.364.836 y, como la apropiación culminó en el año 2005, para esa época el salario mínimo legal mensual vigente era de \$381.500 con arreglo a lo previsto en el Decreto 4360 de 2004, por lo tanto, al dividir aquella cifra por este factor se tiene un total de 632.67 salarios mínimos, cantidad superior a la prevista en el inciso segundo del artículo 397 del Estatuto Punitivo y, por ello, la pena se debe aumentar “hasta en la mitad”.

Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal, para efectuar el proceso de individualización de la sanción es preciso establecer los límites mínimos y máximos, de tal manera que acorde con el numeral segundo de dicha norma, “Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica”.

Así las cosas, en el sub judice la pena de prisión debía oscilar de 6 a 22 años y 6 meses. No obstante, la Juez Unipersonal lo hizo de 6 a 30 años, es decir, duplicó el máximo de la sanción privativa de la libertad cuando sólo ha debido aumentarla en la mitad.

Igualmente, omitió hacer el incremento previsto en el inciso segundo del artículo 397 en relación con la pena de multa, pues esta norma no hace distinción al respecto, por consiguiente, ha debido incrementar su máximo en \$120.682.418 para un total de \$362.047.254, pues no se supera el valor equivalente a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes establecido allí como límite.

Adicionalmente, el Tribunal puso de presente que en la resolución de acusación se dedujeron las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en los numerales primero y noveno del artículo 58 del Código Penal, no obstante, la Juez Unipersonal al momento de dosificar la pena no reparó en ello y, por lo tanto, estimó que no existían.

En consecuencia, el ad quem indicó que en el trabajo de individualización de la pena ha debido partirse de los cuartos medios de que trata el artículo 61 del Código Penal, siendo del caso precisar desde ahora, que la circunstancia referida a “La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio, según el criterio de la Sala, cuando se está frente a un delito —como el aquí imputado— donde se requiere de sujeto activo calificado, no es posible aplicarla a efectos de salvaguardar la garantía de non bis in idem¹.

Señalado lo anterior, los efectos prácticos por razón de las anteriores consideraciones en relación con la individualización de la pena de prisión son los siguientes, reitérese, teniendo como límite la garantía de non reformatio in pejus:²

Como quedó señalado, en el sub judice no procede la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el numeral noveno del artículo 58 del Código Penal pero sí la del primero, siendo oportuno recordar que en la sentencia se dedujo la de menor punibilidad contenida en el numeral primero del artículo 55 idem, por lo tanto, en definitiva, se tiene una de cada una, por lo cual, atendiendo a los criterios fijados en el artículo 61 ibidem, se parte del cuarto medio y, por ello, el siguiente debió ser el trabajo de dosificación en relación con la pena de prisión:

Cuartos medios

Cuarto mínimo

Primer cuarto medio

Segundo cuarto medio

Cuarto

máximo

De 72 a 121 meses y 15 días.

De 121 meses y 15 días a 171 meses.

De 171 meses a 220 meses y 15 días.

De 220 meses y 15 días a 270 meses.

Entonces, vistos los extremos del primer cuarto medio, es del caso determinar ponderadamente la pena que habría correspondido al procesado si en efecto se hubiera realizado el trabajo de individualización dentro de los límites aquí señalados.

Para el efecto, se recuerda el proceso de dosificación equivocado para poder establecer la ponderación respectiva.

Cuartos medios

Cuarto mínimo

Primer cuarto medio

Segundo Cuarto medio

Cuarto

máximo

De 72 a 144 meses

De 144 a 216 meses

De 216 a 288 meses

De 288 a 360 meses

En este sentido se observa que la primera instancia tomó, para adelantar el proceso de determinación de la pena de privación de la libertad, el cuarto mínimo y aumentó dos años para un total de 8 años, lo que es igual a 96 meses, entonces, se debe establecer a cuánto equivale esa cantidad.

Por lo tanto, si 96 meses es el 100% de la pena impuesta, cuánto porcentaje será de 144 meses, que es el límite máximo del cuarto formado como fruto de la dosificación incorrecta.

La presentación de la operación matemática es la siguiente:

$$\frac{96 \text{ meses}}{144 \text{ meses}} \times 100\% = 66.66\%$$

En consecuencia, retomando la senda de la dosificación de la pena, debió partirse del primer cuarto medio y, por ello, la pena de prisión en el caso particular habría sido la siguiente:

Como el extremo máximo del primer cuarto medio calculado correctamente sería de 171, el 66.66% de tal guarismo son 113.98 meses y convirtiendo esta fracción decimal en días, lo cual se logra multiplicándola por 30, que son los días del mes en promedio, en definitiva se tendría una pena de 113 meses y 29 días.

Ahora, como en efecto no ocurrió así y según se ha venido señalando, no es posible

ajustar la pena en esta sede en virtud de la prohibición de reforma peyorativa, en todo caso se observa que como los extremos punitivos adoptados por la Juez de primer grado fueron equivocados, pues los fijó de 6 a 30 años (cuando lo correcto era hacerlo de 6 a 22 años y seis meses), se impone, a pesar del error advertido, entrar a ponderar la pena tomando el cuarto mínimo al que ésta acudió, pues de no corregirse tal situación sería tanto como admitir que el límite máximo correcto de la pena de prisión es de 30 años, cuando como se dijo, es de 22 años y seis meses.

Entonces, como el límite máximo del cuarto mínimo calculado correctamente es de 121 meses y 15 días, el 66.66%, que es el criterio adoptado por la primera instancia, arroja una nueva pena de 80,99 meses y, convirtiendo esta fracción decimal en días, lo cual se logra multiplicándola por 30, que son los días del mes en promedio, en definitiva se tiene una pena de 80 meses y 29 días de prisión.

Evidenciado el error en relación con la determinación de la pena privativa de la libertad, ahora se entra a precisar lo propio frente a la multa, sin que en este caso haya un efecto práctico, mas se estima importante señalarlo para evitar futuras equivocaciones.

Como se recordará, la sanción pecuniaria se fijó en \$241.364.836, sin tener en cuenta el incremento prevenido en el inciso segundo del artículo 397 del Código Penal en razón de la cuantía, es decir, “hasta de la mitad”, de tal manera que de haberse aplicado el proceso correcto de determinación de la misma habría sido el siguiente:

Si se aumenta la mitad a \$241.364.836, es decir, \$120.682.418, se obtiene un total de \$362.047.254.

Ahora bien, es necesario puntualizar que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, la multa es “equivalente al valor de lo apropiado”, de donde se sigue que una vez determinada la cantidad respectiva este es un factor fijo, el cual en el caso particular se demostró que era de \$241.364.836.

Igualmente, de conformidad con lo estipulado en el inciso segundo de la norma en cita, “dicha pena se aumentará hasta en la mitad”, por lo tanto, en el proceso de determinación de la pena de multa se debe aplicar el criterio de los cuartos referido en el artículo 61 del Código Penal, el cual en el caso bajo estudio arroja el siguiente resultado:

El ámbito de movilidad es de \$120.682.418 y tal cifra dividida en cuatro arroja una cifra para cada cuarto de \$30.170.604,50.

Cuarto

Mínimo

Primer cuarto medio

Segundo Cuarto medio

Cuarto

máximo

De \$241.364.836

a

\$271.535.440,50

De

\$271.535.440,50

a

\$301.706.045

De

\$301.706.045

a

\$331.876.649,50

De

\$331.876.649,50

a

362.047.254

Por tanto, como el cuarto que debió seleccionarse correctamente fue el primero del medio, pues concurrieron circunstancias de menor y mayor punibilidad en igual número, la pena de multa ha debido fijarse en \$271.535.440,50, pues no debe perderse de vista que en este caso no hay lugar a aplicar el factor de ponderación del 66.66%, por cuanto la Juez a quo prefirió, frente a esta pena, partir del mínimo.

No obstante, en virtud de la prohibición de reforma peyorativa, no es posible entrar a corregir el yerro de dosificación punitiva advertido.

Finalmente, la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas debe imponerse en el mismo término de la prisión, sin perjuicio de la inhabilidad de carácter permanente de que trata el artículo 122 de la [Constitución Política](#), la cual, como lo ha venido sosteniendo la Sala, opera de derecho a pesar de que se guarde

silencio en la sentencia³.

Conviene señalar que la Sala procederá de inmediato a restablecer la garantía fundamental afectada, en aplicación del criterio adoptado en decisión del 12 de septiembre de 2007⁴, cuando recogió el anterior según el cual una vez identificada la violación del derecho esencial se hacía un traslado previo al Ministerio Público para que emitiera concepto sobre el particular.

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,

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de JOSE TOBÍAS PUMAREJO CARO por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.
2. CASAR oficiosa y parcialmente la sentencia y, en consecuencia, fijar las penas principales de prisión en ochenta (80) meses y veintinueve (29) días y la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en el mismo término, sin perjuicio de lo anotado en la parte motiva.
3. DECLARAR que los restantes ordenamientos de la sentencia impugnada se mantienen incólumes.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Salvo Parcialmente el Voto

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ GUZMÁN

Salvo Parcialmente el Voto

JORGE LUÍS QUINTERO MILANÉS
BASTIDAS

YESID RAMÍREZ

Salvo Parcialmente el Voto

Salvo Parcialmente el Voto

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el debido respeto por la posición de la mayoría de la Sala, debo salvar parcialmente 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 peor, pues en tales eventos la legalidad funciona como límite impenetrable para el aplicador de la ley.

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

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

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

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

ordenamiento universal y objetivo, que con idéntica intensidad obliga a todos, autoridades y ciudadanos.

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

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

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

Cuando el juez impone una pena que no está establecida en la ley (en cuanto a sus límites mínimos y máximos, naturaleza, etc), desconoce de entrada el Estado de derecho y la esencial función del legislador, entrando a suplirlo con la sentencia, generando anarquía y causando la quiebra del orden establecido. Ese juez que así actúa se aparta del Estado de derecho, se convierte en legislador y juez, inducido por la arrogancia y la arbitrariedad de sus actos. Esas decisiones así concebidas, jamás podrán estar ajustadas al principio de legalidad.

La consecuencia de un tal proceder generaría que para los demás ciudadanos naciera el derecho a reclamar por virtud del principio de igualdad, a que en lugar de la pena que

conforme a la ley se les irrogó, se les impusiera una proporcionalmente igual a la que se le dedujo a quien se le aplicó una por debajo del mínimo legal o se le señaló una en proporción y naturaleza más benigna que la establecida por el legislador para la conducta delictiva.

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

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

Por lo tanto, el suscrito Magistrado reafirma su criterio de que la prohibición de la reformatio in pejus no rige frente a una sentencia que ha fijado la pena violando el principio de legalidad, pues la conclusión contraria lleva a aceptar que la persona condenada con base en el desconocimiento de la ley, estaría en una situación, que si le resulta favorable, sería invulnerable a pesar de su franca ilegalidad, lo cual, como se acaba de ver contraría los fines propios de un Estado de Derecho.

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

Con todo respeto,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

1 Cfr. entre otras, Sentencia del 28 de febrero de 2008, Radicación No. 25646.

2 Cfr. Sentencias del 3 de septiembre de 2001 y del 8 de julio de 2003, Radicados números 16837 y 18583.

3 Cfr. entre otras, Sentencia del 7 de septiembre de 2006, Radicado No. 23171.

4 Cfr. Radicado No. 26967.