

Proceso n.º 32860

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 419

Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil diez (2010)

V I S T O S

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de MARIO ALEJANDRO MENDOZA HUERTAS contra el fallo del 8 de julio de 2009 por medio del cual el Tribunal Superior de Ibagué, confirmó la sentencia proferida el 29 de abril del mismo año por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Guamo, que lo condenó a sesenta y cuatro (64) meses de prisión, le impuso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena privativa de la libertad y le negó los mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena, al hallarlo autor responsable del delito de acceso carnal con incapaz de resistir.

HECHOS Y ANTECEDENTES

La tarde del 23 de abril de 2008, en la vereda Chontaduro del municipio del Guamo

(Tolima), la menor M. J. H. C. quien se encontraba durmiendo sola en casa de sus padres, después de haber regresado del colegio, fue despertada por los besos que en sus orejas le daba su vecino MARIO ALEJANDRO MENDOZA HUERTAS, quien acostado a su lado a pesar de pedirle que no lo hiciera continuó besándola y acariciándola, para luego despojarla de su interior y penetrarla carnalmente, acto que la menor no pudo rechazar porque el acusado no atendió sus ruegos para que cesara la agresión de la cual era víctima.

El 24 de abril de 2008, ante la Unidad Receptora de la Policía Judicial del Guamo (Tolima), Danyd Cleves Aragón formuló denuncia contra MARIO ALEJANDRO MENDOZA HUERTAS.

El 26 de abril de 2008, la Fiscal 47 Seccional de Guamo en audiencia preliminar reservada ante el Juez Promiscuo Municipal de Coyaima con funciones de control de garantías, solicitó orden de captura contra MENDOZA HUERTAS.

El 28 de abril de 2008, la Fiscal 47 pidió la legalización de la captura de MARIO ALEJANDRO MENDOZA HUERTAS, formuló la imputación por el delito de acceso carnal violento -artículo 205 del Código Penal- agravado¹ y solicitó la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva al indiciado; peticiones en su integridad acogidas por el Juez Segundo Promiscuo Municipal con funciones de Control Garantías de Guamo.

El 27 de mayo de 2008, la misma Fiscal presentó escrito de acusación en el cual le imputó al acusado el delito de acceso carnal violento descrito en el artículo 205 del Código Penal sin agravantes, cargo respecto del cual en la audiencia de formulación de la acusación² los intervinientes ningún reparo u observaciones hicieron.

El 12 de febrero de 2009, inició el juicio oral y a su culminación el Juez anunció el sentido del fallo, declarando al acusado responsable penalmente del delito de acceso carnal con incapaz de resistir³.

El 29 de abril de 2009, se dio lectura a la sentencia de primera instancia, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué al decidir el recurso de apelación interpuesto por el defensor de MENDOZA HUERTAS, siendo esta el objeto de la impugnación extraordinaria.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Cargo Único. Al amparo de la causal prevista en el numeral 2 del artículo 183 de la ley 906 de 2004, acusa a la sentencia de segunda instancia de desconocer el principio de congruencia establecido en el artículo 448 de la misma ley, pues el Tribunal Superior de Ibagué confirmó el fallo emitido por el Juez Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Guamo (Tolima).

Sostiene que el a quo condenó a MENDOZA HUERTAS por el delito de acceso carnal con incapaz de resistir, conducta punible que no le fue imputada en la acusación.

Con el recurso de apelación buscó que el Tribunal corrigiera la comprobada irregularidad sustancial, estructurada en la vulneración del principio de congruencia; sin hacerlo, excedió la competencia al declarar que el a quo no desconoció dicho principio, pasando por alto que desatendió el núcleo fáctico de la acusación.

De ese modo expresa que aun cuando ambas conductas tienen un elemento común -el acceso carnal- se diferencian; el delito previsto en el artículo 205 del Código Penal requiere para su estructuración el uso de la violencia para doblegar la voluntad de la víctima, el descrito en el artículo 210 demanda el abuso o el aprovechamiento de las circunstancias en las que se encuentra la persona, con lo cual los hechos que permiten la configuración típica de cada una de ellas son diferentes.

Tampoco legitima la sentencia la imposición de una punibilidad menor, porque el acatamiento en la relación jurídico procesal de la imputación fáctica y jurídica

permite delimitar el debate en el juicio oral e impide que la defensa sea sorprendida con una sentencia por un delito que no tuvo oportunidad de discutir.

A su juicio el fallo atacado es contradictorio, pues al mismo tiempo que avala lo resuelto por el a quo señala que la violencia estaba presente en el episodio propiciado por el acusado, cuya justificación para mantenerlo inmodificable por respeto al principio de reforma peyorativa es inadmisibile.

La acusación por el delito de acceso carnal violento la mantuvo la Fiscalía hasta su alegación final; si el a quo indebidamente fue más allá de lo fáctico y lo jurídico, lo pertinente era revocar la sentencia y absolver a MENDOZA HUERTAS tal como lo pidió en la apelación.

Finalmente admite la posibilidad de sentenciar por una conducta distinta siempre que se preserve el principio de congruencia y se cumpla con los requisitos que la jurisprudencia ha señalado.

Pide en razón al resquebrajamiento de la estructura del proceso, al asumir el a quo la competencia de la Fiscalía y abandonar su neutralidad en el proceso acusatorio, lo cual obligaba al Tribunal a absolver a MARIO ALEJANDRO MENDOZA HUERTAS, casar la sentencia y dictar una de reemplazo en este sentido.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

El recurrente

Hace hincapié en que el a quo con fundamentación desestimó el cargo por la cual la Fiscalía acusó a MENDOZA HUERTAS, de suerte que era obligatoria su absolución y no la condena por un delito distinto a la acusación, mediante la degradación de la conducta.

El Tribunal reforzó el argumento del juzgador de primer grado al señalar que no hubo desconocimiento del núcleo de la acusación, ignorando la discusión relacionada con la violación del principio de congruencia.

De los no recurrentes

Para el Fiscal es evidente que los jueces fallaron por un delito distinto al de la acusación; sin embargo, para preservar el principio de congruencia deben darse los requisitos aducidos por la Corte en sus sentencias 28649, 30838 y 31795.

Ahora, como la Fiscalía ninguna solicitud hizo para que se condenara por un delito distinto y tampoco con esa modificación se respetó el núcleo esencial de la acusación, se afectó la garantía de la congruencia.

En lugar de absolver al acusado como pide el casacionista, la Corte debe dictar el fallo en el sentido pedido por la Fiscalía en el juicio oral, porque la defensa no probó la inocencia de MENDOZA HUERTAS y su responsabilidad quedó demostrada con el dicho de la víctima, al tiempo que fue desvirtuada la relación amorosa entre ofendida y acusado.

Pide casar la sentencia porque comparte la tesis del Tribunal y la prueba es demostrativa del acceso carnal violento, delito por el cual debe condenarse al acusado.

El representante de la víctima comparte en su totalidad las argumentaciones de la Fiscalía.

El Procurador Delegado para la Casación Penal advierte una flagrante violación del principio de congruencia y manifiesta que el demandante tiene razón.

El a quo adujo argumentos razonables para concluir que no se trataba de un delito de acceso carnal violento y cuando su deber era absolver, extrañamente ideó una

incapacidad e inconsciencia de la víctima sin ningún elemento de juicio.

El fallo como tal consideró procedente una pretensión que no existía, razón por la cual pide casar la sentencia y absolver al acusado.

CONSIDERACIONES

La Sala decidirá de fondo el reproche propuesto contra la sentencia del Tribunal de Ibagué, porque su ajuste presupone el cumplimiento de los requisitos mínimos para que hubiera dispuesto su trámite.

Cargo Único. Sustentado en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 183 de la ley 906 de 2004, se acusa a la sentencia de segunda instancia de desconocer el principio de congruencia.

A juicio del impugnante, la decisión del Tribunal de confirmar el fallo del a quo que modificó la acusación formulada por la Fiscalía contra MARIO ALEJANDRO MENDOZA HUERTAS, al condenarlo por el delito de acceso carnal con incapaz de resistir -artículo 210 del Código Penal- en vez de acceso carnal violento -artículo 205 ibídem-, constituye un error que lesiona el debido proceso y afecta el derecho de defensa.

En este caso, correspondía a la Corporación revocarla y absolver al acusado conforme a lo perseguido con la apelación; sin embargo, desbordando su competencia manifestó que el principio de congruencia no fue vulnerado porque se respetó el núcleo básico de la acusación, agregando que no obstante la prueba indicar que el acusado ejerció violencia para someter sexualmente a la joven, en virtud del principio de reformatio in pejus la misma era inmodificable.

En principio, pudiera parecer que el recurrente carezca de interés para acudir en casación, porque al prosperar el reparo por un error de esa naturaleza la situación

jurídica del acusado empeoraría con la imposición de una pena mayor, ya que la sentencia se dictaría de acuerdo con los cargos de la acusación, bajo el supuesto de la identidad fáctica y jurídica entre la acusación y ella, pues el principio echado de menos significa que el acusado sólo puede ser declarado culpable de los “hechos” que consten en la acusación y de los “delitos” por los cuales se haya pedido condena⁴.

La razón es simple, el principio de congruencia como garantía del derecho a la defensa y unidad lógica y jurídica del proceso, propende porque la sentencia guarde concordancia con la acusación y lo solicitado por la fiscalía en la audiencia de juicio oral, de modo tal que quien en casación denuncia la vulneración de aquel principio parte del supuesto de admitir como válida la acusación, sin que la consecuencia inmediata de su demostración sea la absolución del acusado.

De otro lado, ninguna certeza existe para el impugnante de mejorar la situación del acusado, en la hipótesis de la invalidación de la actuación que condujera a proferir nuevamente la sentencia de acuerdo con los cargos imputados en la acusación, entendida como acto complejo, o una de reemplazo, porque a lo que apunta la falta de congruencia es a que el ad quem o el de casación ajusten el fallo a la misma y no al sentido del fallo de primer grado.

Es preciso señalar que las legislaciones anteriores preveían como causal de casación la falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en la acusación⁵ y ahora no⁶, pero de esta circunstancia no puede derivarse la conclusión según la cual la falta de congruencia conduce inexorablemente a la absolución conforme lo expresa el impugnante, porque la Corte está facultada para dictar el fallo que corresponda frente a un error de esa naturaleza.

La Sala en torno al tema que ocupa su atención ha elaborado una sólida línea

jurisprudencial, según la cual evidenciada la transgresión del principio de congruencia se erige en tribunal de instancia⁷, para hacer las modificaciones que juzga pertinentes teniendo en cuenta la prueba debatida en el juicio, de modo que la regla no es la absolución como tampoco la nulidad de la actuación.

La Corporación ha negado la posibilidad de anulación del proceso por transgresión de dicho principio, dado que

“ello equivaldría a revivir etapas procesales ya superadas y a brindarle una segunda oportunidad al ente acusador para iniciar una vez más un trámite enjuiciatorio ya agotado, encaminado a corregir su incapacidad para llevar al juez de conocimiento al convencimiento necesario para sustentar la materialidad de la conducta punible sobre la cual edificó su acusación, cuando dicha imputación la hubiera podido reorientar dentro de la misma actuación. En otras palabras, una nulidad en tal sentido equivaldría a permitir a la Fiscalía que, ante su fracaso en demostrar los fundamentos de su pretensión, le asiste -luego de agotado el trámite procesal- una nueva oportunidad de encaminar su acusación, alternativa que no es posible por cuanto las etapas y los términos procesales se rigen por el principio de preclusión”⁸.

Sin embargo, ninguna razón asiste al impugnante cuando denuncia el desconocimiento del principio de congruencia, como tampoco en la solución propuesta en el caso de su eventual demostración, avalada por el Procurador Delegado.

Ciertamente a lo largo del proceso, desde la audiencia de formulación de la imputación, pasando por el escrito de acusación hasta llegar a la presentación de la teoría del caso en el juicio oral como en el alegato final o de conclusión, la Fiscalía siempre imputó a MENDOZA HUERTAS el delito de acceso carnal violento previsto en el artículo 205 del Código Penal -modificado por el artículo 1º de la ley 1236 de 2008-, sin que ninguno de los intervinientes hubiera planteado hipótesis delictual distinta y respecto de la cual la

defensa trazó su estrategia.

Luego la decisión del juez de primera instancia de condenarlo por la conducta punible de acceso carnal con incapaz de resistir descrita en el artículo 210 del Código Penal - modificado por el artículo 6º de la ley 1236 de 2008-, además de sorpresiva desconoce las previsiones del artículo 448 de la ley 906 de 2004, de acuerdo con el cual el acusado no puede ser condenado por hechos que no consten en la acusación o por delitos “por los cuales no se ha solicitado condena”.

En la sistemática del proceso acusatorio se admite con sustento en el mencionado precepto, la posibilidad de condenar por un delito distinto al imputado en el escrito de acusación siempre que i) exista petición del órgano de la persecución penal en ese sentido, ii) el delito corresponda al mismo género del de la acusación, iii) tenga prevista una pena menor, iv) respete el núcleo básico de la acusación y v) no lesione garantías de los intervinientes⁹.

La teoría del caso de la Fiscalía fue sustentada en la existencia del delito de acceso carnal violento imputable a MENDOZA HUERTAS, razón por la cual en el alegato de conclusión del juicio oral pidió su condena por esa conducta punible, encontrándose el juez impedido para variar la calificación jurídica del delito sobre el que giró el debate probatorio y decidir motu proprio dictar un fallo que ignora lo previsto en el artículo 448 de la ley 906 de 2004 y los precedentes jurisprudenciales sobre la materia.

Con ese propósito, consideró que “la víctima quedó en estado de inconciencia de enajenación (sic) y alteración de funciones psíquicas, que le impidió o la incapacitó para resistir efizcamente a su abusador”, por “un agente traumático que le impidían (sic) rechazar el acto, quedando inmóvil (sic) inerte, paralizada”, todo porque la víctima manifestó en el juicio oral que había quedado como un “vegetal”.

No sin antes señalar que su decisión de modificar la acusación al ubicar la conducta en el artículo 210 del Código Penal, no generaba “ninguna situación de inseguridad, con respecto a la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, ni una contaminación que pueda generar nulidad de carácter sustancial”.

En lo único que acertó fue en la degradación de la conducta, pues de manera equívoca al igual que el Tribunal consideró que con su proceder respetaba el núcleo de la acusación, sin percatarse que naturalística y jurídicamente el acto carnal no es el núcleo fáctico de la conducta por la cual se acusó a MENDOZA HUERTAS y por la que finalmente se le condenó.

Pues bien distinto es el acceso carnal mediante el ejercicio de la violencia -artículo 205 del Código Penal- y el acceso carnal abusivo con incapaz de resistir -artículo 210 del mismo estatuto punitivo-, ya que el primero presupone el doblegamiento de la voluntad y resistencia de la víctima que rechaza la agresión sexual, mientras el segundo sanciona el abuso o el aprovechamiento de las circunstancias en las cuales se encuentra la agredida.

La diferencia que media entre una y otra conducta es evidente. El bien jurídico objeto de tutela y el acceso carnal como elementos comunes a ambos tipos penales no las hace similares; tampoco los elementos fácticos que permiten su adecuación a los tipos penales, porque no es posible identificar la violencia con el abuso, conductas o comportamientos cuya expresión en el mundo físico tienen distinta connotación y significado que las hace excluyentes.

La Sala ya se había ocupado del tema, sosteniendo que

“es menester hacer notar que la nueva imputación no respeta el núcleo fáctico central de la conducta punible imputada en la acusación, toda vez que -como ya la Sala lo advirtió- la violación y el abuso suponen elementos fácticos distintivos, sin que sea admisible sostener que por el hecho de que a ambas conductas les es común el acceso carnal

se trate de conductas esencialmente similares.”¹⁰.

En esas condiciones, el reparo carece de sustento porque si bien es cierto el Tribunal confirmó en su integridad la decisión del a quo, consideró a partir de criterios de justicia material que el error “en manera alguna puede conducir a la absolución” del acusado, estimando procedente “el ajuste de la sentencia en los términos señalados o disponer la nulidad de lo actuado para que se proceda de conformidad con los hechos probados” (negrilla fuera de texto), alternativas que finalmente descartó en acatamiento al “principio de la no reformatio in pejus” y por la eventualidad de la imposición de una pena mayor al declarar “la nulidad para ajustar la sentencia” a lo probado en el juicio.

Desde esta perspectiva la contradicción en que incurre el fallo de segunda instancia alegada por el impugnante no es real sino aparente, pues como puede verse el Tribunal rechaza la tesis del a quo al considerar probado que los hechos ocurrieron conforme los narró la víctima, esto es, que fue sometida sexualmente mediante la violencia, y no como lo concluyera el juez de primera instancia.

Basta recordar que el Tribunal se apartó de la “errada visión del a quo al degradar la conducta”, descartando con fundamento en la prueba que el acusado hubiera aprovechado las condiciones de indefensión aducidas en el fallo de primera instancia, al concluir que “la quietud de la víctima al momento en que fue accedida, no resultaba casual sino que era el efecto inmediato de la agreste actitud del señor Mendoza Huertas, quien sin señales de consentimiento sino por el contrario de rechazo, aprovechó las condiciones creadas para lograr su cometido”¹¹.

De ahí que apoyado en jurisprudencia de la Sala relativa a las modalidades de la violencia en el delito de acceso carnal violento, haya agregado que “Aquí no puede hablarse de asentimiento de la víctima como tampoco del aprovechamiento de las condiciones de

indefensión, cuando es la misma afectada quien afirma sin dubitación, su rechazo hacia al agresor” y rematado “que apreciando las circunstancias que precedieron y en las cuales se desarrollaron los hechos, que su edad y falta de experiencia sexual –pues era la primera relación de esta índole que sostenía-, que el rechazo no se expresara en grandes despliegues de fuerza, como tampoco que el procesado los requiriera si obtenía lo que quería”¹².

De otro lado, la apelación le otorgaba competencia al Tribunal para modificar el fallo en lo relacionado con el delito por el cual se condenaba a MENDOZA HUERTAS, no así en cuanto a la pena impuesta por la prohibición de reforma en peor atendida la condición de apelante único.

Por eso, aun cuando el impugnante insinúa, sin desarrollarlo, que el Tribunal excedió su competencia al declarar que el a quo respetó el núcleo de la acusación, cuando su obligación era revocar la sentencia y absolver a MENDOZA HUERTAS ante su evidente vulneración, olvida que esos aspectos se encontraban vinculados a la apelación en tanto que lo finalmente discutido con el recurso era la existencia del delito y no su naturaleza, pues de la conclusión a que llegara el ad quem dependía la modificación del sentido del fallo.

Y no podía ser de otra manera, en la medida que el acceso carnal se encontraba probado y el a quo había descartado que fuese fruto del consentimiento de la víctima por su supuesta relación amorosa con el acusado, teoría del caso de la defensa, de modo que la argumentación del impugnante no es razonable cuando afirma que el Tribunal estaba obligado únicamente a pronunciarse sobre la violación del principio de congruencia, siendo precisamente la oportunidad para adecuar la sentencia a la acusación como ya se dijo.

Además, en consideración al principio de la unidad jurídica inescindible de la sentencia,

según el cual se entienden como un solo cuerpo las sentencias de primera y segunda instancia, el reparo no está llamado a prosperar al corregir el Tribunal el error reprochado.

Ningún obstáculo hay en el proceso que impida llegar a la conclusión a la cual arribó el ad quem, por ser evidente más allá de toda duda que la menor fue accedida carnalmente mediante el uso de la violencia, pues su comportamiento posterior es indicativo de ese hecho, ya que fue encontrada llorando por su madre momentos después de la agresión sexual y la denunció al siguiente día, sin consejo de sus padres o parientes, a pesar de los problemas que podría crear entre ambas familias, vecinas y conocidas de tiempo atrás.

Así mismo en lo manifestado por la psicóloga Berky Yoliver Mendoza Rodríguez, respaldado en el informe psicológico, surgido de su entrevista con la víctima después de la denuncia, en la cual la menor relata haber sido sorprendida por MENDOZA HUERTAS a quien pidió “no hiciera eso, el dijo que me quería mucho, fue cuando me cogió la cara, me besó a la fuerza, le dije que me soltara o gritaba, me fui a levantar de la cama pero no me dejó, me levantó la blusa, me besó los senos, le decía que no lo hiciera, trataba de quitármelo de encima pero no podía”¹³; y en el conocimiento del acusado que la menor se encontraba sola en la casa y nadie podía auxiliarla, al enterarse de ese hecho por boca de la misma madre de la agredida.

La inhibición a la cual hizo mención la menor en el juicio oral, contrario a las consecuencias atribuidas por el a quo, al desdibujar el relato inicial de la menor a la profesional que la atendió, para modificar el delito por una supuesta incapacidad de resistir, como bien lo resaltó el Tribunal fue producto del sorprendimiento y de la conducta desplegada por el acusado, en tanto a la menor no se le podían exigir actos heroicos de oposición como tampoco la ausencia de huellas en su cuerpo descarta la violencia.

Basta con reiterar que la menor siempre sostuvo que rechazó las caricias del acusado, que él no la dejó levantar de la cama y que tampoco pudo quitárselo de encima, actos de resistencia o de oposición al apetito sexual que no enseñan aquiescencia ni pueden equipararse con la incapacidad para resistir, solo porque ante la inútil resistencia perdiera su capacidad de reacción, actitud a la cual el quo le dio un entendimiento equivocado.

En las anteriores circunstancias, la Sala desestimaré el cargo único propuesto en la demanda contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué.

Ahora bien, estando demostrado con la prueba debatida en el juicio oral que MENDOZA HUERTAS accedió carnalmente a la menor contra su voluntad y mediante el ejercicio de la violencia, en lo cual comparte la Sala las apreciaciones del Tribunal sobre los “hechos probados”, habrá de casar parcialmente la sentencia impugnada de manera oficiosa para declarar que el delito por el cual se condena al acusado es el previsto en el artículo 205 del Código Penal bajo la denominación del acceso carnal violento, todo de acuerdo con la acusación y la pretensión en el juicio del órgano encargado de la persecución penal.

La Sala ninguna modificación hará a la pena en consideración a la prohibición de la reforma en peor, atendida su condición de impugnante único y de conformidad con el criterio reiterado de la Corte acerca de la prevalencia de dicho principio sobre el de legalidad.

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

RESUELVE

Primero.- Desestimar el cargo único propuesto en la demanda, por las razones

expuestas en la motivación de esta sentencia.

Segundo.- Casar parcialmente de manera oficiosa la sentencia del Tribunal de Ibagué, declarando que a MARIO ALEJANDRO MENDOZA HUERTAS se le condena como autor del delito de acceso carnal violento, conforme a las consideraciones de este fallo.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Salvamento de voto

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Salvamento parcial

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
IBÁÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO J.

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

Salvamento parcial de voto

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 colaborarse 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 predeterminedar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, el término, la naturaleza, la cuantía cuando se trate de pecuniaria, el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición.

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

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

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

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

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

15 de diciembre de 2010.

1 Artículo 221 de la ley 599 de 2000. “Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”.

2 Realizada el 11 de junio de 2008 ante el Juez Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Guamo; folio 48 carpeta 1.

3 La audiencia de juicio oral concluyó el 25 de marzo de 2009; folio 199, carpeta 1.

4 Artículo 448, ley 906 de 2004.

5 Artículos 220 numeral 2, Decreto 2700 de 1991; 207 numeral 2, ley 600 de 2000.

6 Casación del 24 de noviembre de 2005, radicación 24530; también del 5 de mayo de 2007, radicación 28822; y 31 de marzo de 2008, radicación 29335.

7 “Al prosperar el cargo edificado en la falta de congruencia entre la acusación y el fallo la Corte observa que la prueba aportada al juicio oral permite establecer plena coincidencia entre los fundamentos fácticos y jurídicos de la acusación, motivo por el cual se erige en Tribunal de instancia para condenar al procesado”. Casación del 16 de septiembre de 2009, radicación 31795.

8 Casación del 3 de junio de 2009, radicación 28649; criterio reiterado en las sentencias del 16 de septiembre de 2009, radicación 31795; y 28 de octubre de 2009, radicación 32192.

9 Casaciones de junio 3 de 2009, radicación 28649; julio 31 de 2009, radicación 30838; y septiembre 16 de 2009, radicación 31795, entre otras.

10 Casación de 3 de junio de 2009, radicación 28649.

11 Sentencia de segunda instancia, julio 8 de 2009; folio 270 de la carpeta,

12 Sentencia de segunda instancia, julio 8 de 2009; folios 213 y 214, carpeta única.

13 Transcrito en la página 12 de la sentencia de primera instancia; folio 220 de la carpeta.