

Proceso n.º 34892

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado: Acta No. 397-

Bogotá. D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil once (2011)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de ARIEL PULGARÍN MONTENEGRO, contra la sentencia dictada el 4 de mayo de 2010 por el Tribunal Superior de Villavicencio.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 9 de mayo de 2008, en inmediaciones de la vía que conduce hacia la vereda San Ignacio, zona boscosa rural del municipio de Granada Meta, fue accedida carnalmente y luego ultimada por “asfixia mecánica” la menor de 16 años LUZ DELLY CASTAÑEDA ENRIQUEZ por parte del sentenciado ARIEL PULGARÍN MONTENEGRO.
2. En la audiencia preliminar realizada el 31 de julio de 2009, la fiscalía formuló imputación por el delito de homicidio agravado en concurso con acceso carnal violento, a la cual se allanó el implicado de manera libre, voluntaria y espontánea, ante el Juez Promiscuo Municipal de control de garantías de Granada Meta, quien impartió legalidad a la

aceptación e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario¹.

3. El 14 de octubre de 2009, el Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento de la misma localidad realizó audiencia de individualización de pena, y profirió sentencia contra ARIEL PULGARÍN MONTENEGRO como autor responsable del delito de homicidio agravado en concurso con acceso carnal violento. Le impuso la pena principal de seiscientos setenta y dos (672) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinticinco (25) años².

4. El Tribunal Superior de Villavicencio, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, modificó la decisión del A quo, en el sentido de fijar la pena en seiscientos cuarenta y ocho (648) meses de prisión³.

La decisión fue recurrida en casación.

5. Esta Corporación, por auto del 28 de julio de 2011, resolvió admitir el libelo y celebró la correspondiente audiencia de sustentación⁴.

LA DEMANDA

Cargo primero

Con fundamento en la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor del procesado asegura que la sentencia de segundo grado es “violatoria de la ley sustancial”, artículos 31 del Código Penal, 31-2 de la Carta Política y 20 del Código de Procedimiento Penal.

Explica que en relación con el delito de acceso carnal violento, el fallador de primera instancia condenó a PULGARÍN MONTENEGRO a la pena de setenta y dos (72) meses de

prisión y el Tribunal la incrementó a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, cuando el recurso fue interpuesto únicamente por el defensor del procesado, desconociendo de esa manera, los principios de legalidad y la prohibición de reforma en peor.

Comenta, sobre el particular, que cuando el superior jerárquico corrige errores del A quo, es posible hablar de la tensión que surge entre los principios de legalidad de la pena e igualdad y la exigencia constitucional de hacer efectivos los derechos del procesado, lo cual conduce a pensar que en esa ponderación, el intérprete debe privilegiar la protección del sistema jurídico y por ello, el juez de segunda instancia podría empeorar la situación del apelante único.

Sin embargo, el principio de legalidad no puede ser interpretado de manera tan estrecha, máxime cuando se convierte en “protección de la confianza en el proceso penal”.

La garantía esencial que prohíbe la reforma en peor, no admite excepciones cuando el condenado es apelante único, pues aún si se aceptara que la tesis de la Corte Constitucional conduce a que la legalidad debe ceder frente al respeto de los derechos del procesado, éste no debe soportar la carga del error judicial.

Solicita se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se mantenga la pena de setenta y dos (72) meses de prisión para el delito de acceso carnal violento, como lo había dispuesto el juez de primera instancia.

Cargo segundo

El demandante acude a la causal primera de casación, para señalar que la sentencia del Tribunal es violatoria de los artículos 31 del Código Penal y 29 de la Carta Política, por interpretación errónea, porque al momento de dosificar la pena frente al concurso de conductas punibles, efectuó una suma aritmética, dado que al delito base -homicidio

agravado- le aumentó el mínimo de la pena de acceso carnal violento, esto es, 144 meses.

Solicita se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se imponga al procesado la pena de 72 meses de prisión por el delito de acceso carnal violento.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. La defensa.

Como sujeto procesal recurrente, manifiesta que en lo sustancial no tiene nada que agregar, pero solicita que se tenga en cuenta la sentencia de casación 23469 del 9 de febrero de 2006, por tratarse de un asunto similar.

2. La Fiscalía

El representante del ente acusador, manifiesta que la censura está llamada a prosperar porque el Tribunal Superior de Villavicencio, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado, le desmejoró su situación jurídica, vulnerando el principio de la no reforma en peor.

Explica que el juez de primera instancia profirió condena por el delito de homicidio agravado, en concurso con el de acceso carnal violento y por esta última conducta impuso 72 meses de prisión. El Tribunal, por tanto, no podía agravar la situación del procesado como apelante único, imponiéndole por el delito de acceso carnal violento, una sanción de 168 meses de prisión.

Adicionalmente, solicita se haga uso de la facultad oficiosa para corregir dos yerros. El primero, tiene que ver con el máximo de la pena a imponer para el delito de homicidio agravado, que determinó el Tribunal en 720 meses, lo cual es equivocado porque

atendiendo al principio de legalidad, es de 600 meses. En ese orden, como los sentenciadores estimaron que al procesado se le debía aplicar el máximo del primer cuarto, que oscila entre 400 y 450 meses -no entre 400 y 480 meses como equivocadamente lo concluyó el Tribunal- es claro que la pena para el delito de homicidio agravado es de 450 meses, a los que se deben sumar los 72 meses que tuvo en cuenta el A quo para el injusto de acceso carnal violento, la pena privativa de la libertad que ARIEL PULGARÍN MONTENEGRO debe cumplir, es de 522 meses de prisión y no de 648 meses como lo determinó finalmente el Tribunal.

El segundo yerro se relaciona con la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que los falladores fijaron en 25 años, vulnerando el principio de legalidad, porque conforme al artículo 51 de la ley 599 de 2000, que la denomina inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, el término máximo de duración es de 20 años.

En conclusión, solicita se case el fallo impugnado y se condene al procesado a la pena de 522 meses de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio agravado y acceso carnal violento y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años.

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, solicita se case la sentencia impugnada, no sin antes precisar que los dos cargos formulados están orientados a denunciar la violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 31-1 de la Carta Política y del artículo 20 del Código de Procedimiento Penal.

Argumenta que el Tribunal Superior de Villavicencio, al conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado, si bien accedió a la petición relacionada a la eliminación de la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 119

del Código Penal, modificado por el artículo 200 de la ley 1098 de 2006, lo cierto es que incrementó la sanción impuesta en primera instancia para el delito de acceso carnal violento, desconociendo la garantía fundamental de la no reformatio in pejus.

Luego de referir los términos de la dosificación punitiva efectuada por el juzgador de primer grado, precisó que el Tribunal, al corregir el yerro en que incurrió el A quo, desconoció el monto de 72 meses que éste determinó como incremento por el concurso con el delito de acceso carnal violento y en su lugar, lo fijó en 144 meses.

De esa manera, pasó por alto que la garantía fundamental consagrada en el artículo 31 de la Carta Política, impide cualquier acción orientada a ajustar la sanción en sus reales proporciones legales, aún cuando el yerro se haya originado en las instancias.

La garantía en comento, no solo se predica de la pena a imponer, sino de todos los aspectos que resulten desfavorables al apelante único.

Solicita se case parcialmente la sentencia, eliminando el monto de la pena deducido irregularmente por el Tribunal y, de manera oficiosa, se ajuste la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas a 20 años.

CONSIDERACIONES

Las réplicas del defensor, que en realidad se contraen a destacar el desconocimiento del principio de la no reformatio in pejus, están llamadas a prosperar, tal como lo solicitan los representantes de la Fiscalía y del Ministerio Público.

1. Impera destacar, ante todo, que el artículo 31 de la Carta Política consagra una garantía que, como parte del debido proceso, impide que la situación del apelante único se vea desmejorada por el Ad quem al revisar el fallo de primer grado -y por la Corte en sede de casación- pues no tiene sentido que por la vía de los recursos, consagrados

como instrumentos procesales de defensa para confrontar los fundamentos de las decisiones judiciales, se termine agravando la situación jurídica del recurrente.

2. De la revisión de las diligencias se desprende que el fallador de primer grado, al momento de dosificar la pena correspondiente al delito de homicidio agravado en concurso con el de acceso carnal violento, a los cuales se allanó ARIEL PULGARÍN MONTENEGRO en la diligencia de formulación de imputación, estimó que se debía dar aplicación al artículo 200 de la ley 1098 de 2006, que modificó el artículo 119 del Código Penal, y fijó en definitiva la de seiscientos setenta y dos (672) meses o cincuenta y seis (56) años de prisión y la accesoria de rigor por el término de 25 años⁵.

La anterior determinación fue apelada por la defensa, para cuestionar la circunstancia de agravación prevista en el artículo 119 del Código Penal, situación avalada por la Fiscalía y el Ministerio Público; adicionalmente, éste último destacó la contradicción aritmética de la sentencia, por cuanto alude a 12 meses por el acceso carnal pero termina imponiendo el monto de 72 meses, por lo cual invoca la nulidad⁶.

La Colegiatura, en sus consideraciones, anunció que modificaría la sentencia para ajustarla a los parámetros legales, “dado que el procedimiento de dosificación efectuado por el A quo es desacertado no sólo por el improcedente incremento de la ley 1098 de 2006 sino porque desatiende abiertamente los artículos 60, 61 y 31 del C.P., en detrimento del sentenciado”⁷.

Con ese propósito, señaló que el delito de homicidio agravado se sanciona con prisión de 25 a 40 años y con el incremento previsto en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, la pena a imponer va de 400 a 720 meses que al dividirla en cuartos, el primero oscila entre 400 y 480 meses, los medios entre 480 y 640 meses y el máximo entre 640 y 720 meses.

Agregó que sólo se dedujeron circunstancias de menor punibilidad y por tanto, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 61 del Código Penal, debía ubicarse en el cuarto mínimo, y conforme al inciso 3º de dicho precepto, “la pena en concreto para el homicidio agravado, dada la gravedad del hecho, pues se trata de la destrucción de (sic) una vida humana de una menor ocurrida en condiciones denigrantes e inhumanas como la asfixia mecánica, el daño causado a sus familiares, la premeditación con que se actuó que implica un dolo directo, es del caso imponer una pena de 480 meses de prisión”8.

En punto del delito concursante, señaló que la pena para el acceso carnal violento oscila entre 144 a 240 meses de prisión y conforme al sistema de cuartos el primero oscila entre 144 y 168, los medios entre 168 y 216 meses y el máximo entre 216 y 240 meses.

Así, por ausencia de circunstancias de menor y mayor punibilidad fijó la pena en 168 meses, “esto es, en el máximo del primer cuarto dada la gravedad del comportamiento y la actitud posterior del infractor quien acrecentó el dolor de su familia con diferentes llamadas a su familia haciendo más tormentoso el momento para su familia haciendo que el daño a estas fuera mayor. Nótese que el a quo al imponer 72 meses desconoció la legalidad de la pena que le exigía como mínimo imponer 144 meses por este delito, precariedad esta cuya corrección no afecta la “reformatio in pejus” como adelante se explica”9.

3. Es incuestionable como la Colegiatura, so pretexto de corregir la actuación irregular en que incurrió el fallador de primer grado, en punto de la dosificación punitiva, más concretamente frente al indebido incremento de la ley 1098 de 2006, quebrantó el principio de la no reformatio in pejus, al estimar que el A quo desconoció la legalidad de la pena, cuando la jurisprudencia de esta Corporación dejó sentado desde el año 2005, dentro del radicado 24066 del 22 de noviembre de 2005 que en esos casos, prevalece el principio de no agravación.

En esa oportunidad, la Sala mayoritaria plasmó la siguiente postura:

No cabe duda, el criterio es pacífico al respecto, que la legalidad de la pena y la prohibición de la reforma peyorativa son expresiones del debido proceso.

Si ello es así, su diferencia no es de género sino de especie, el primero (la legalidad) es la regla y el segundo (la reformatio in peius) la excepción a ésta, a ambos les son comunes los postulados esenciales del debido proceso, de los que se apropian, siendo las premisas en las que se estructura su existencia las que marcan sus diferencias y justifican las soluciones a las que conducen, así formalmente -que no sustancialmente- presenten una contradicción. En estas condiciones, dada la naturaleza y relación señalada para los citados mecanismos, ambos pertenecen al mismo valor y principio, al debido proceso, por tanto no es propio asignarles prevalencia o carácter absoluto, porque ello implica desconocer los supuestos en los que los fundamentó no solamente el legislador sino también el constituyente.

La precisión hecha puntualiza la estructura sobre la cual se construyen las razones para admitir que el superior funcional, sin excepción, en sede de apelación o de casación, no puede agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único, premisas que se nutren de los salvamentos de voto a la decisión proferida por la Corte en el proceso radicado 14.464 y la jurisprudencia contendida en los fallos proferidos en los procesos con radicación 22.323 y 22.150.

La prohibición de la reforma en peor tiene respaldo normativo del orden constitucional, es una garantía fundamental, su aplicación como excepción a la regla de punibilidad se apoya en razones de seguridad jurídica y de justicia dentro del marco jurídico establecido.

Además, la sistemática del procedimiento penal establecido para materializar las decisiones judiciales se resquebraja en el momento en que se abordan competencias que

no otorga al superior funcional el objeto de la impugnación, por lo que la oficiosidad para ajustar la pena a la legalidad en estos casos agrede el sistema que representa el valor constitucional del debido proceso y que en el caso concreto se expresa a través de la prohibición de la reforma en peor.

Correlativa a la limitación señalada en el acápite anterior para el operador de la justicia son los principios que rigen el derecho de impugnación, entre ellos, el que exige al recurrente como interés la búsqueda de la reparación de un perjuicio irrogado, el procurar mejorar su situación jurídica, por tanto, es un argumento de lógica, de interpretación sistemática, finalística o teleológica y de equidad, el que el aparato judicial promovido a instancia del inculcado no pueda agravar su situación jurídica, máxime cuando el Estado, la sociedad y el interés general están asistidos por el Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación, quienes entre sus deberes tienen a cargo la protección del orden jurídico, el que deben promover a través del derecho de impugnación. La no reforma en peor es solamente uno de los beneficios reconocidos por la ley y la Constitución al apelante único, en los procesos exentos de vicios que invaliden lo actuado.

En otras palabras, si el A quo incurre en alguna actuación irregular, el funcionario de segunda instancia no puede corregirla si con ello agrava la situación del procesado, tal como aconteció en el presente caso.

4. En síntesis, la Sala advierte que el Tribunal cometió los siguientes desaciertos:

4.1. Impuso al sentenciado una pena que supera el máximo de 50 años permitido por el artículo 37 del Código Penal, modificado por el artículo 2º de la Ley 890 de 2004.

4.2. Al individualizar la pena para el delito de acceso carnal violento, aplicó el incremento de la ley 1236 del 23 de julio de 2008, normativa que no había entrado a regir al momento en que ocurrieron los hechos.

4.3. Desbordó los parámetros de dosificación determinados en primera instancia, donde se fijó un monto de 72 meses de prisión por el concurso con el delito de acceso carnal violento y en su lugar, determinó por ese factor 168 meses que al sumarlos al homicidio agravado, arrojó un total de 648 meses de prisión.

4.4. Fijó la pena accesoria en 25 años, cuando el máximo no puede ser superior a 20 años, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 del Código Penal.

5. En el mismo orden se procederá a ajustar la pena, acudiendo a la facultad oficiosa consagrada en el artículo 184-3 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los aspectos no denunciados en el libelo, atendiendo a los principios de legalidad y proporcionalidad.

Se tiene, entonces, que de acuerdo con el artículo 104 del Código Penal el delito de homicidio agravado se sanciona con pena de prisión de 25 a 40 años, es decir, de 300 a 480 meses; con el incremento establecido por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, arroja un ámbito de movilidad de 400 a 600 meses de prisión -no 720 por superar el máximo permitido-, que dividido en cuartos, el primero va de 400 a 450; los cuartos medios de 450 a 550 y el máximo de 550 a 600.

El sentenciador de primera instancia, ante la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad, escogió un cuarto mínimo de 586.6 a 664.8 meses, pero no partió del límite mínimo atendiendo a la gravedad del hecho y sus repercusiones. Entonces, si el ámbito de movilidad para ese cuarto es de 78.2, es claro que al haber aplicado 600 meses, aumentó en 13.4 meses el límite inferior, que corresponde al 17.135%.

Siguiendo los mismos derroteros, se tiene que al ubicarnos en el nuevo cuarto mínimo, que va de 400 a 450 meses, el límite inferior se debe incrementar en 8 meses y 17 días, que corresponde al 17.135% del ámbito de movilidad para ese cuarto, que es de 50 meses, lo cual arroja un monto de 408 meses y 17 días para el delito de homicidio agravado.

A esa pena básica se le debe incrementar la misma proporción determinada por el juzgador de primera grado, por el concurso con el delito de acceso carnal violento agravado, no sin antes aclarar que el artículo 205 del Código Penal, con el aumento dispuesto en la ley 890 de 2004, sanciona la conducta con pena de 128 a 270 meses, sin la modificación prevista en la Ley 1236 de 2006, que en este caso no se podía aplicar, dado que entró a regir con posterioridad a la ocurrencia de los hechos.

Además, como se ha venido insistiendo, el principio de no agravación no le permitía al Ad quem tener en cuenta cantidad superior a los 72 meses determinados en primera instancia, así estos no se ajustaran a la legalidad porque el procesado, como único apelante, no debe soportar los errores judiciales, ni puede ser sorprendido con una decisión que agrave la situación que pretendió mejorar con el recurso. Precisamente, la esencia de la prohibición a la reforma peyorativa radica en garantizar que la revisión de la sentencia por el superior, no desbordará las pretensiones de la impugnación.

En consecuencia, se reitera, lo procedente es efectuar el aumento por razón del concurso, pero como el tipo básico se redujo, no es posible aplicar los mismos 72 meses impuestos por el A quo, sino que es necesario establecer el monto proporcionalmente. Por consiguiente, a la nueva pena básica del homicidio agravado, que es de 408 meses y 17 días, le corresponde 49 meses y 8 días por el concurso con el delito de acceso carnal violento, para un total de pena a imponer al sentenciado de 457 meses y 25 días de prisión.

La pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas -que no la accesoria de interdicción de derechos y funciones pública como la denominaba el anterior Código Penal- por mandato del artículo 51 de la ley 599 de 2000, se reduce a 20 años, en lugar de los 25 fijados por los juzgadores, tal como lo solicitaron la fiscalía y el ministerio público.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, en el sentido de imponer a ARIEL PULGARÍN MONTENEGRO la pena de cuatrocientos cincuenta y siete (457) meses y veinticinco (25) días de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años, como autor responsable del delito de homicidio agravado en concurso con acceso carnal violento, por las razones expuestas en precedencia.

Las demás determinaciones permanecen sin modificación.

Contra esta decisión, no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
MARTÍNEZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Salvamento parcial de voto

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
GUZMÁN

AUGUSTO J. IBÁÑEZ

Permiso

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
SALAMANCA

JULIO

ENRIQUE

SOCHA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

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 mas allá de las cuales la judicatura no puede transitar. Así, por ejemplo, en materia de penas, los límites mínimo y máximo, su clase, su naturaleza principal o accesoria, son impermeables, aun frente a disposiciones como la prohibición de la reforma en peor, pues en tales eventos la legalidad funciona como límite impenetrable para el aplicador de la ley.

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

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

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

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

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

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

parámetros legales.

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

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

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

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

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

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

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

Con todo respeto,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

11 de noviembre de 2011.

1 Fls 27 a 29 C. Causa.

2 Fls 44 a 60 íd.

3 Fls 15 a 21 C. Tribunal.

4 Fls 4, 15 y 16 C.Corte.

5 Fls 44 a 60 C. causa.

6 Fl 16 C. Tribunal.

7 Fl 17 íd.

8 Fls 18 y 19 íd.

9 Fl 19 íd.