

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP-3714-2016

Radicación n° 46785

(Aprobado Acta n° 93)

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los procesados LUIS ROBERTO GUERRERO OSORIO y LUIS ALBERTO LAGUNA FANDIÑO en contra de la sentencia de segunda instancia emitida el seis de julio de 2015 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó el fallo absolutorio proferido el 11 de febrero del mismo año por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de esa ciudad y, en consecuencia, condenó a los procesados en los términos que serán indicados más adelante.

HECHOS

Según lo declarado en el fallo de segunda instancia, el 30 de mayo de 2012, aproximadamente a las diez de la mañana, ROBERTO GUERRERO OSORIO y LUIS ALBERTO LAGUNA FANDIÑO portaban 3.297 gramos de marihuana con el fin de comercializarla en el sector conocido como “El Bronx”, ubicado en la zona céntrica de esta ciudad. Tras ser sorprendidos en flagrancia realizando dicha actividad, fueron

capturados por una patrulla de la Policía Nacional.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 31 de mayo de 2012 la Fiscalía le imputó a GUERRERO OSORIO y LAGUNA FANDIÑO el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo para la venta”, consagrado en el artículo 376 del Código Penal. Ello en atención a que fueron sorprendidos con 3.297 gramos de marihuana, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar descritas en el apartado anterior.

El 10 de septiembre de 2012 acusó a los procesados en mención, bajo la misma base fáctica y jurídica incluida en la imputación.

El 3 de mayo de 2013 la Fiscalía presentó ante la Judicatura el acta del preacuerdo celebrado con los acusados, consistente en la aceptación de los cargos a cambio de que se les reconociera la circunstancia de menor punibilidad consagrada en el artículo 56 del Código Penal: haber realizada la conducta “bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas...”.

El 7 de junio de 2013 el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá acogió el citado preacuerdo y, en consecuencia, condenó a los procesados a las penas de 30 meses de prisión, multa de 202 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

El fallo en mención fue apelado únicamente por el defensor de los procesados, quien solicitó la disminución de la pena y la suspensión condicional de la ejecución de la misma.

El 26 de agosto de 2013, al resolver el recurso de apelación, el Tribunal Superior de Bogotá declaró la nulidad de lo actuado “desde el trámite de preacuerdo adelantado entre la Fiscalía y los imputados”, por considerar que no existían suficientes elementos

de juicio para concluir que GUERRERO y LAGUNA actuaron bajo las circunstancias previstas en el artículo 56 del Código Penal.

El asunto fue reasignado al Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Bogotá. Una vez agotado el trámite previsto en la Ley 906 de 2004, el 11 de febrero de 2015 se emitió la sentencia, de carácter absolutorio.

La sentencia fue apelada por la Fiscalía, y luego revocada por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante fallo del seis de julio de 2015, en el que se condenó a LUIS ALBERTO GUERRERO OSORIO y a LUIS ALBERTO LAGUNA FANDIÑO a las penas de 96 meses de prisión, multa equivalente a 124 S.M.L.M.V. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo período, tras hallarlos penalmente responsables del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, previsto en el artículo 376 del Código Penal.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de los procesados GUERRERO y LAGUNA incluye dos cargos en su demanda. El primero lo propone como principal y el segundo como subsidiario.

Primer cargo (principal): violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho derivado de un falso juicio de identidad.

El impugnante considera que el Tribunal omitió valorar varios apartes de las grabaciones del Centro Automático de Despacho de la Policía Nacional, aportadas a título de prueba documental, y que por ello desestimó lo argüido por la defensa en el sentido de que los policiales que comparecieron al juicio oral no son los mismos que participaron en el operativo que dio lugar a la captura de sus representados.

Para soportar la anterior conclusión, transcribe algunos fragmentos del fallo impugnado,

así como los apartes de la prueba documental en mención que, en su sentir, hacen palmario que los servidores públicos que tenían a cargo el operativo optaron por encargarle la “judicialización” de sus representados a dos policiales que no participaron en el mismo y, por tanto, no tienen conocimiento personal y directo de las circunstancias que rodearon la captura de LUIS ROBERTO GUERRERO y LUIS ALBERTO LAGUNA.

Luego de resaltar que el video de lo acontecido aquel 30 de mayo no fue aportado por la Fiscalía, concluye que el fallo impugnado está basado exclusivamente en prueba de referencia, en contravía de la “tarifa legal negativa” prevista en el artículo 381, inciso final, de la Ley 906 de 2004.

Basado en lo anterior, solicita a la Corte casar el fallo impugnado y emitir uno de reemplazo, de carácter absolutorio.

Segundo cargo (subsidiario): desconocimiento del debido proceso, por violación de la garantía de non reformatio in pejus.

El censor considera que el Tribunal, al declarar la nulidad de lo actuado a raíz del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y los procesados, violó la garantía de non reformatio in pejus, porque: (i) la Fiscalía y la defensa celebraron un preacuerdo, que dio lugar a que sus representados fueran condenados a 30 meses de prisión, multa de 202 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal; (ii) el fallo emitido a raíz del preacuerdo sólo fue apelado por la defensa, en procura de una pena más favorable para los procesados; (iii) al decretar la nulidad de lo actuado, el Tribunal empeoró la situación del apelante único, porque, finalmente, a sus defendidos se les impuso una pena de prisión muy superior a la consagrada en el fallo anulado; y (iv) el Tribunal decretó la nulidad de lo actuado sin que existiera una irregularidad que lo ameritara.

Basado en lo anterior, solicita a la Sala casar el fallo impugnado y emitir uno de

reemplazo, “donde sobre vigencia la sentencia inicial dictada por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá, el día 14 de mayo de 2014, donde se condenó a mis representados a la pena principal de 30 meses de prisión”.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. Intervención del recurrente

El defensor de los procesados no adicionó los argumentos plasmados en la demanda.

2. Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

El delegado de la Fiscalía General de la Nación se refirió a los cargos incluidos en la demanda de casación, así:

Frente al primero, sostiene que el punto central de controversia es si los policiales que comparecieron como testigos al juicio oral participaron o no en el operativo que dio lugar a la captura de los procesados, lo que debió ser encaminado por la senda del error de hecho por falso raciocinio y no por la del falso juicio de identidad, como lo hizo el demandante.

Concluye que la controversia se reduce a la disparidad de criterios entre el fallador y el impugnante sobre la valoración de la prueba, pues mientras el primero concluyó que el documento aportado por la defensa no desvirtúa lo dicho por los testigos de la Fiscalía en el sentido de que participaron en el operativo y capturaron a los procesados, el segundo asegura lo contrario, esto es, que los servidores públicos que comparecieron al juicio no hicieron parte del grupo de policiales que compareció el 30 de mayo de 2012 al sector conocido como “El Bronx” y privaron de la libertad a GUERRERO OSORIO y LAGUNA FANDIÑO.

En su sentir, el Tribunal valoró integralmente el documento aportado por la defensa y explicó por qué la versión de los policiales le merece credibilidad.

Por tanto, solicita a la Sala desestimar el primer cargo de la demanda de casación.

De otro lado, considera que el segundo cargo propuesto por el impugnante debe prosperar, porque el Tribunal, al declarar la nulidad de lo actuado a raíz del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y los procesados, usurpó funciones propias del acusador, en contravía de lo expuesto por esta Corporación en la decisión del 15 de octubre de 2014, radicada bajo el número 42184.

Además, el fallador de segundo grado hizo una exigencia contraria a la lógica de los preacuerdos, en la medida en que decretó la nulidad porque la circunstancia de menor punibilidad reconocida a los procesados no estaba demostrada. Concluye que si la Fiscalía hubiera tenido prueba de los presupuestos fácticos consagrados en el artículo 56 del Código Penal, su reconocimiento operaría en virtud del principio de legalidad, y no porque el ente acusador estuviera otorgando algún beneficio.

Basado en lo anterior, solicita a la Corte casar el fallo impugnado. No obstante, en atención al carácter residual de las nulidades, considera innecesario acudir a ese remedio extremo, pues sería suficiente con emitir un fallo de reemplazo con el que recobre vigencia la sentencia emitida el 14 de mayo de 2014 por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá en virtud del acuerdo celebrado entre la Fiscalía y los procesados.

3. Intervención de la Procuraduría General de la Nación.

La delegada del Ministerio Público se excusó de asistir a la audiencia de sustentación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Corte analizará los cargos incluidos en la demanda, en el orden propuesto por el impugnante.

1.1. Primer cargo (principal): violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho derivado de un falso juicio de identidad.

Aunque lo enuncia de esta manera, en el fondo el impugnante plantea un cargo por violación indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de error de derecho por falso juicio de convicción, pues finalmente su argumentación está dirigida a demostrar que el Tribunal desconoció la “tarifa legal negativa” consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 en la medida en que fundamentó la sentencia condenatoria exclusivamente en prueba de referencia. Sobre el particular, en la parte final de ese acápite de la demanda concluyó:

Como extrañamente no se aportó la única prueba directa de responsabilidad (el CD que estaban editando en la central de cámaras, el cual fue reclamado desde audiencias preliminares (sic) por la defensa de la época, en vista del alegato de inocencia de los usuarios, pero que con la inoperancia del fiscal, nunca se consiguió), todas las demás pruebas son de referencia y por tanto debía darse aplicación al artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, que establece...

En ese orden de ideas, de no haberse producido el error denunciado, el fallo hubiera sido de carácter absolutorio, en aplicación de la tarifa legal negativa transcrita.

Por las particularidades de este caso, la aceptabilidad del anterior argumento depende de que se demuestre que los policiales que comparecieron al juicio oral, como testigos de la Fiscalía, no participaron en el operativo que dio lugar a la captura de los procesados y, por tanto, no tienen conocimiento “personal y directo” de lo acaecido en esa

oportunidad.

Para hacer dicha demostración, la defensa se valió del documento que obtuvo del Centro Automático de Despacho de la Policía Nacional, contentivo de las llamadas internas realizadas por miembros de dicha institución a raíz del procedimiento de captura de los procesados.

El impugnante plantea que el Tribunal no valoró en su integridad el documento en mención, motivo por el cual no se percató de que los policiales que declararon en juicio no participaron en el operativo y, por tanto, son “testigos de referencia”.

Al margen de los errores del impugnante en la selección de la modalidad de violación indirecta de la ley sustancial, el cargo no está llamado a prosperar, por lo siguiente:

En primer término, el documento aportado por la defensa, que según el impugnante no fue valorado en su integridad por el Tribunal, no es el único medio de conocimiento atinente a la participación de los policiales Guzmán y Cárdenas en el procedimiento de captura de los procesados. De ello también dan cuenta los testimonios rendidos por estos funcionarios en el juicio oral, donde se refirieron ampliamente a su participación en dicho operativo, sin perjuicio de los informes que suscribieron con ocasión del mismo.

Como fue la defensa quien propuso la existencia de irregularidades en el trámite policial, que propiciaron la emisión de una sentencia condenatoria fundamentada exclusivamente en prueba de referencia, tenía la carga de demostrar un aserto de tal gravedad, para lo que podía servirse de la iniciativa probatoria y las facultades en materia de impugnación de testigos que le otorga el ordenamiento procesal penal.

El libelista no cumplió con esta carga, porque se limitó a transcribir los apartes del documento que en su sentir no fueron tenidos en cuenta por el fallador de segundo

grado, como si de los mismos se dedujera inexorablemente que los policiales Guzmán y Cárdenas no participaron en el operativo y, por tanto, son “testigos de referencia”.

Aun si se aceptara que dicho registro de llamadas es confiable en cuanto a las horas en que ocurrió la comunicación y la completitud de la misma (algunos apartes son inaudibles), del texto completo no se sigue que los testigos David Guzmán y Arnoldo Cárdenas no hayan hecho parte del grupo que capturó a GUERERO OSORIO y LAGUNA FANDIÑO.

Si bien es cierto en esa comunicación se habla de remitir unos policiales para la judicialización de los capturados, y del contenido de la misma podría inferirse que los interlocutores se refieren a una patrulla que no participó en el operativo, finalmente no se estableció si los integrantes del “cuadrante 25” en efecto fueron remitidos con dicho propósito, ni mucho menos si los testigos de cargo hacían parte del grupo que capturó a los procesados, o pertenecían a la patrulla que iba a ser remitida para que asumiera el trámite ante la Fiscalía.

Y aunque todo lo anterior se podía constatar fácilmente, como lo resaltó el investigador de la defensa al declarar en el juicio oral, finalmente no se hizo, sin que medie una explicación razonable, máxime si se tiene en cuenta que el juzgador de primer grado se mostró dispuesto a facilitar la actividad probatoria del apoderado judicial de los procesados, lo que se refleja en la admisión de la grabación atrás citada, a título de prueba sobreviniente.

El investigador de la defensa declaró en el juicio que sólo recibió la orden de obtener el record de llamadas, pero no se le encomendó la misión de verificar la identidad de quienes participaron en las mismas, ni de constatar los nombres de los policiales que participaron en el procedimiento de captura de los procesados, no obstante dicha identificación podía lograrse con la información contenida en el disco compacto

aportado como prueba documental.

En el mismo sentido, el defensor de GUERRERO y LAGUNA no solicitó ninguna prueba orientada a establecer la ubicación laboral de los policiales David Robles Guzmán y Arnoldo Fabio Cárdenas, o cualquier otro dato del que pudiera inferirse que no hicieron parte del procedimiento de captura de los procesados.

Es más, aunque en las llamadas se habla puntualmente de los integrantes del “cuadrante 25”, nada se hizo para establecer la relación de los testigos de la Fiscalía con esa patrulla o grupo encargado de la vigilancia de un determinado sector de la ciudad.

De otro lado, aunque la defensa tuvo la oportunidad de impugnar la credibilidad de los testigos Guzmán y Cárdenas, como quiera que estos rindieron su testimonio en el juicio oral, prácticamente no hizo uso de esta potestad legal. En efecto, al primero no lo contra interrogó, y al segundo sólo le hizo algunas preguntas sobre los pormenores del procedimiento policial. Además, ninguno de estos testigos fue impugnado con el contenido de las comunicaciones internas de la Policía Nacional.

Finalmente, llama la atención que la defensa presentó como testigo a uno de los procesados y no le preguntó si los miembros de la Policía que declararon en el juicio oral son o no los mismos que los capturaron.

Así, la irregularidad a que alude la defensa no fue demostrada, y ello no ocurrió por imposibilidad investigativa o por falta de garantías durante el proceso, sino porque el defensor, por razones que no es posible establecer, omitió solicitar las pruebas necesarias para ello y no hizo uso de las múltiples herramientas que consagra el ordenamiento procesal penal para la impugnación de los testigos.

Así las cosas, aun si se aceptara que el Tribunal no valoró los apartes del documento a que hace alusión el impugnante, ello no tendría la trascendencia que éste alega, porque: (i) del texto completo de las comunicaciones internas de la Policía Nacional no se deduce inexorablemente que los testigos Guzmán y Cárdenas mintieron en el juicio oral cuando aseguraron que tuvieron conocimiento directo y personal de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la captura de LUIS ROBERTO GUERRERO OSORIO y LUIS ALBERTO LAGUNA FANDIÑO; (ii) la credibilidad de estos testigos prácticamente no fue impugnada durante el juicio oral; y (iii) la defensa no aportó las pruebas que estaban a su alcance para demostrar la irregularidad en el trámite policial, sobre la que estructura toda su alegación.

De esta manera, la Corte considera infundado lo expuesto por el impugnante en el sentido de que el Tribunal fundamentó la condena exclusivamente en prueba de referencia, y de esa forma violó la prohibición consagrada expresamente en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, no se casará la sentencia por este cargo en particular.

Segundo cargo: desconocimiento del debido proceso, por violación de la garantía de non reformatio in pejus.

El cargo está llamado a prosperar, porque el Tribunal, al declarar la nulidad de lo actuado a raíz del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y los procesados, violó la prohibición de agravar la situación del apelante único, prevista en los artículos 31 de la [Constitución Política](#) y 20 de la Ley 906 de 2004.

Para arribar a esta conclusión basta con constatar el devenir procesal y recordar la jurisprudencia de esta Corporación sobre la prohibición de desmejorar la situación del apelante único.

Sobre lo ocurrido en el proceso, no se discute que: (i) el 13 de mayo de 2013 la Fiscalía y la defensa radicaron un preacuerdo, en virtud del cual los procesados aceptaron los cargos incluidos en la acusación a cambio de que se les reconociera la circunstancia de menor punibilidad consagrada en el artículo 56 del Código Penal; (ii) el juez de conocimiento consideró que dicho acuerdo se hizo dentro del marco constitucional y legal, por lo que decidió condenar a los procesados a las penas de prisión de 30 meses, multa de 202 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término; (iii) el fallo sólo fue impugnado por la defensa, en procura de una pena más favorable para sus representados; (iv) el Tribunal declaró la nulidad de lo actuado a partir del trámite del preacuerdo, por considerar que la circunstancia de menor punibilidad reconocida a los procesados no tenía fundamento probatorio y, por tanto, se trasgredió el principio de legalidad; (v) el proceso siguió el trámite ordinario, dentro del cual el juzgado de primera instancia decidió absolver a los acusados; y (vi) el fallo fue apelado por la Fiscalía, y luego revocado por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a los procesados a las penas de 96 meses de prisión, multa equivalente a 124 S.M.L.M.V. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo, tras hallarlos penalmente responsables del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, previsto en el artículo 376 del Código Penal.

De otro lado, esta Corporación ha emitido múltiples pronunciamientos sobre el principio de non reformatio in pejus. Entre ellos se destaca la decisión CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 43436, donde se resolvió un caso que tiene una marcada analogía fáctica con el que ahora ocupa la atención de la Sala. En esa oportunidad, el Tribunal desmejoró la situación del apelante único, al declarar la nulidad de un fallo emitido a raíz de un preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa, lo que finalmente dio lugar a la imposición de una pena sustancialmente superior a la tasada en el fallo anulado.

En el fallo en mención, la Sala analizó tres aspectos del principio de non reformatio in pejus, que consideró determinantes para resolver el caso, a saber: (i) la mayor cobertura

de esta garantía en la Ley 906 de 2004; (ii) la prevalencia de la misma sobre el principio de legalidad de la pena, y (iii) la posibilidad de transgredirla a través de la declaratoria de nulidad.

Frente a la cobertura más amplia del principio de non reformatio in pejus en la Ley 906 de 2004 se trajo a colación el ilustrativo análisis realizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005:

La nueva articulación y estructura constitucionales del sistema acusatorio justifica extender el ámbito de aplicación de la garantía procesal de la interdicción de la reformatio in pejus, a cualquier situación, es decir, a toda decisión adoptada por un juez de control de garantías o de conocimiento que fuese susceptible de apelación por alguno de los intervinientes en el proceso.

En tal sentido, el diseño constitucional de la garantía procesal de la no reformatio in pejus conlleva a que ésta constituya (i) un límite a la actividad del ad quem en el sentido de que le está vedado agravar la pena o sanción impuesta al condenado o afectado en un proceso o procedimiento administrativo; (ii) evite que este último sea sorprendido con una sanción que no tuvo oportunidad de controvertir; y (iii) permita el ejercicio del derecho de defensa, ya que aleja el temor al incremento de aquélla. Nada obsta, sin embargo, para que el legislador amplíe el ámbito de protección de dicha garantía constitucional, a condición de que no vulnere alguna disposición constitucional; tanto menos y en cuanto, el nuevo modelo procesal penal, al igual que el respeto por los derechos de las víctimas, justifican tal ampliación.

En efecto, en los sistemas acusatorios existe una tendencia a limitar los poderes del superior jerárquico, a diferencia de lo sucedido en los sistemas inquisitivos por cuanto, como los sostiene Maier, en estos últimos, el recurso de apelación contra la sentencia se encontraba íntimamente ligado con la idea de delegación del poder jurisdiccional que

gobernaba la administración de justicia, de suerte que el poder que se había delegado en el inferior debía devolverse por completo al superior, lo que implicaba acordarle a este último amplios poderes para revisar lo decidido por el a quo. Por el contrario, en un modelo procesal penal de tendencia acusatoria, los poderes del juez de segunda instancia se encuentran limitados por lo decidido por el inferior jerárquico.

De igual manera, extender la prohibición de la *reformatio in pejus* a cualquier situación es conforme con un principio esencial de los sistemas acusatorios, cual es, la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia. En efecto, la imparcialidad del órgano jurisdiccional que se pretende garantizar con el principio acusatorio exige que se impida condenar por hechos distintos de los acusados o a persona distinta de la acusada, es decir, debe existir una correlación entre el acto de acusación y la sentencia.

Así mismo, ampliar la garantía de la interdicción de la *reformatio in pejus* constituye un medio para asegurar en mejor medida los derechos de la víctima a la justicia, la verdad y la reparación, ya que cuando ésta se constituya en apelante único, el superior jerárquico no podrá desmejorar la situación en relación con el disfrute de tales derechos amparados por la Constitución y por los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En suma, el principio de la limitación al superior se potencia mucho más en la filosofía y dinámica del nuevo sistema procesal penal, pues tratándose de un sistema de partes adquiere mayor sentido un límite para el superior. Por lo tanto, la extensión que el legislador operó de la garantía de la no *reformatio in pejus* es conforme con uno de los principios básicos del sistema acusatorio, cual es, limitar las facultades del superior jerárquico en sede de apelación.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible la expresión ‘El superior no podrá agravar la situación del apelante único’, del artículo 20 de la Ley 906 de 2004, por

el cargo analizado...”.

También se hizo énfasis en lo expuesto por esta Corporación en el sentido de que “...el artículo 20 de la ley 906 de 2004 extiende la prohibición a las providencias proferidas en segunda instancia, al señalar que ‘El superior no podrá agravar la situación del apelante único’, de modo que la prohibición de la reforma en peor cuando se trata de recurrente único abarca las decisiones adoptadas en dicha instancia...” (CSJ SP 21 julio 2010, Rad. 30460, reiterada en CSJ AP, 14 May. 2015, Rad. 42763).

Sobre la colisión que puede presentarse entre la prohibición de reforma peyorativa y el principio de legalidad, se precisó:

De otro lado, la Sala ha analizado la colisión que puede presentarse entre los principios de legalidad de la pena y de non reformatio in pejus. En el contexto del recurso extraordinario de casación, ha concluido que a pesar de la trascendencia del principio de legalidad, y así se esté ante su evidente trasgresión, no le es posible a la Corte tomar los correctivos pertinentes cuando de ello se deriva una situación más desventajosa para el acusado que tiene la calidad de apelante único (entre otras, CSJ SC, 16 Sep. 2015, Rad. 38154). Esta misma lógica es aplicable a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial cuando al conocer el recurso de apelación interpuesto exclusivamente por la defensa detectan que el principio de legalidad ha sido quebrantado, pero los correctivos generarían una reforma peyorativa para el acusado (CSJ SC, 12 Dic. 2012, Rad. 35487).

Y sobre la posibilidad de afectar la garantía en mención a través de la declaratoria de nulidad, se indicó:

Finalmente, esta Corporación tiene establecido que la garantía fundamental consagrada en la parte final del artículo 31 de la [Constitución Política](#) y desarrollada en el artículo 20 de la Ley 906 de 2004 también puede desconocerse a través de la declaratoria

de nulidad, cuando una decisión de esa naturaleza inexorablemente conduce a desmejorar la situación del acusado que tiene la calidad de apelante único. En el último de los fallos en cita, se precisó:

De este modo, se sentó como premisa general que la Corte hoy reitera bajo los supuestos de este caso, que cuando el objeto del recurso que propicia la doble instancia está signado por el propósito de mejorar la situación procesal del imputado como único apelante, carece el superior del más mínimo poder corrector del debido proceso o adecuación de la actuación, al margen de que aduzca advertir flagrantes quebrantos o pretexto defectos en el cálculo dosimétrico de la pena.

La modificación oficiosa de la sentencia, aún bajo el referido supuesto de enmienda de la actuación, en todos los casos en que involucre directa o indirectamente una alteración peyorativa de la sanción (esto es una más drástica punición o la invalidación de lo actuado con mediato idéntico efecto), está prohibida por el art. 31 superior, pues dicha restricción constitucional no admite excepción alguna.

Al aplicar estos conceptos al caso objeto de análisis, se hace evidente que el Tribunal, al declarar la nulidad de lo actuado a raíz del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y los procesados, violó la prohibición de agravar la situación del apelante único, porque dicha decisión no tenía otra consecuencia que privar a GUERRERO OSORIO y a LAGUNA FANDIÑO de la posibilidad de acceder a los beneficios derivados de la terminación anticipada de la actuación penal, y los enfrentó al proceso ordinario, lo que finalmente se tradujo en la imposición de una pena de prisión sustancialmente mayor.

El Tribunal tenía vedado tomar decisiones en detrimento de los intereses de los procesados, habida cuenta de que el fallo de primera instancia sólo fue apelado por la defensa, incluso si consideraba que éstos recibieron un beneficio excesivo, por las razones expuestas en precedencia sobre la manera de resolver la colisión de la

garantía de non reformatio in pejus y el principio de legalidad.

Aunque lo anterior es suficiente para concluir que el Tribunal incurrió en la violación a que alude el impugnante, no puede pasar inadvertido que el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa no desbordó el marco jurídico, ni se puede dejar de considerar lo expuesto por el delegado de la Fiscalía en la sustentación oral del recurso de casación, en el sentido de que no es dable exigir que una causal de menor punibilidad esté probada para que pueda ser incluida en un acuerdo, bien porque es de la esencia de los acuerdos hacer concesiones a quien colabora con la administración de justicia permitiendo la terminación anticipada de la actuación penal, ora porque si una causal de esa naturaleza está demostrada, es irremediable reconocerlo en virtud del principio de legalidad y por elementales criterios de justicia.

La demostración de la violación de la garantía de non reformatio in pejus sería suficiente para declarar la nulidad de la actuación a partir del auto dictado por el Tribunal Superior de Bogotá el 26 de agosto de 2013, inclusive, en el que se declaró la nulidad de lo actuado “desde el trámite de preacuerdo adelantado entre la Fiscalía y los imputados LUIS ROBERTO GUERRERO OSORIO y LUIS ALBERTO LAGUNA FANDIÑO”.

Sin embargo, en casos semejantes, entre ellos el relacionado en la parte inicial de este apartado, la Sala ha considerado que por el carácter residual de las nulidades no es necesario acudir a esa medida extrema cuando es posible restablecer el debido proceso de una forma menos traumática (CSJ SP, 16 Jul. 2014, Rad. 40871, CSJ, 28 Oct. 2015, Rad. 43436), máxime cuando, como aquí sucede, lo que solicita el impugnante es que “cobre vigencia la sentencia inicial dictada por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá, el 14 de mayo de 2014, donde condenó a mis representados a la pena principal de 30 meses de prisión”, en lo que fue coadyuvado por el representante de la Fiscalía General de la Nación.

En consecuencia, y como lo ha hecho en otras ocasiones en casos semejantes (CSJ SP, 12 Dic. 2012, Rad. 35487 y CSJ SP, 26 Oct. 2015, Rad. 43436), bajo el entendido de que “sobre un error no se puede construir uno nuevo”, la Corte declarará que cobra vigencia el fallo y la sanción de 30 meses de prisión, así como la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y la multa de 202 S.M.L.M.V., impuesta por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá el siete de junio de 2013 en contra de LUIS ROBERTO GUERERO OSORIO y LUIS ALBERTO LAGUNA FANDIÑO, por hallarlos penalmente responsables del delito de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, “en su verbo rector llevar consigo con fines de venta”, previsto en el artículo 376 del Código Penal.

Lo anterior bajo el entendido de que la tasación de la pena que hizo el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito se ajusta a los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico, pues basó su decisión en la gravedad de la conducta, en especial por la clara vocación de los procesados de participar en la cadena de “micro tráfico” de sustancias estupefacientes, así como en la intensidad del dolo con que actuaron. Con este argumento se da respuesta a lo planteado por la defensa al interponer el recurso de apelación que dio lugar a que el Tribunal emitiera la decisión de nulidad objeto de censura, sin que deba pasar inadvertido que, como antes se indicó, su pretensión en casación se reduce a que cobre vigencia la sanción de 30 meses de prisión impuesta a raíz del preacuerdo que sus representados celebraron con la Fiscalía.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República,

RESUELVE

Primero: No casar el fallo recurrido, por el primer cargo incluido en la demanda, atinente a la supuesta violación indirecta de la ley sustancial en la modalidad de error de

hecho por falso juicio de identidad.

Segundo: Casar el fallo impugnado, por el segundo cargo incluido en la demanda y, en consecuencia, declarar que cobra vigencia, en su integridad, el fallo y la sanción de 30 meses de prisión, sumada a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa por 202 SMLMV, impuesta a LUIS ROBERTO GUERRERO OSORIO y LUIS ALBERTO LAGUNA FANDIÑO por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá el siete de junio de 2013, tras hallarlos penalmente responsables del delito de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, “en su verbo rector llevar consigo con fines de venta”, previsto el artículo 376 del Código Penal, en calidad de coautores.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria