

## PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Alcance

### PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Alcance

El principio de legalidad no puede ser interpretado de manera estrecha al punto que desconozca el sentido mismo que dio origen a su elaboración. En efecto, la legalidad es una conquista en el derecho penal que garantiza certeza jurídica, no sólo de la conducta reprochada o de la sanción sino de la decisión judicial que impone una pena o que absuelve al procesado. Dicho de otro modo, este principio se convierte en una protección de la confianza en el proceso penal, el cual, incluye naturalmente la sentencia. De ahí pues que si la pena sólo esta determinada en la decisión judicial -antes de la sentencia la sanción es solamente determinable entre un mínimo y un máximo que será concretada por el juez-, es en la sentencia cuando se logra el máximo de certeza jurídica que se propone el Estado de Derecho. Por este motivo, si el superior empeora la situación del apelante único, no sólo quebranta la confianza en el fallo que el principio de legalidad protege, sino que se generan consecuencias sorpresivas naturalmente no calculadas por el sindicado.

### FUNCION JUDICIAL-Es reglada

La protección del principio de legalidad que asume el superior al pretender corregir los errores del A quo no es posible si el juez no tiene competencia para ello. En efecto, en razón a que la función judicial es reglada, ella sólo puede ser ejercida por quienes la norma positiva les reconoce, no sólo jurisdicción sino competencia para ejercerla válidamente. Por lo tanto, si el superior “adquiere competencia sólo en función del recurso interpuesto por el procesado”, no puede modificar para peor la sanción so pretexto de ejercer la función de control de legalidad.

TRIBUNAL DE CASACION-No puede establecer excepciones a la prohibición de agravar la pena del apelante único

Frente a las decisiones proferidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, surge una nueva inquietud: ¿si el tribunal de casación está instituido, como función básica, para ejercer un control de legalidad sobre las decisiones judiciales, podría empeorar la situación

del apelante único, cuando el fallo que revisa contraría la ley?. La Corte reitera su tesis en el sentido de que ni siquiera el tribunal de legalidad puede, por vía interpretativa, establecer excepciones a la garantía constitucional de la prohibición de empeorar la pena impuesta al apelante único. En efecto, el artículo 31 superior es claro cuando afirma que “el superior” no está autorizado para agravar la pena del apelante único. Obsérvese que el Constituyente no se refirió a la garantía en la segunda instancia, sino ante el superior, lo cual incluye sin duda al tribunal de casación. En tales circunstancias, si el Constituyente hubiese querido que la non reformatio in pejus se predicara únicamente en el trámite ordinario o en los recursos ordinarios, no hubiese utilizado la palabra “superior” sino seguramente, fallador de segunda instancia.

## VIA DE HECHO POR DESCONOCER EL PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS

### PREVALENCIA DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Referencia: expediente T-197.391

Acción de tutela interpuesta por Miguel Barranco García contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Magistrado Ponente (E):

Dr. JAIRO CHARRY RIVAS

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil (2000).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

### SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos pronunciados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por el Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela instaurada por Miguel Barranco García contra la sentencia del 9 de septiembre de 1998, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso radicado bajo el número 10311 que

resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa.

El expediente llegó al conocimiento de la Sala de Selección número tres de la Corte Constitucional, para efectos de revisión, de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución y 33 del Decreto 2591 de 1991.

Las presentes diligencias fueron remitidas por la Secretaría General de la Corte Constitucional a la Sala Octava de Revisión, mediante oficio del 16 de marzo de 1999. Posteriormente, a través del auto del 27 de mayo de 1999, la Sala de Revisión dispuso poner en conocimiento de un tercero que puede resultar afectado con la decisión y que no fue notificado de la acción de tutela, la existencia de una nulidad saneable. La nulidad no fue alegada, por lo que el procedimiento de tutela continuó.

La Sala Octava de Revisión solicitó a la Sala Plena de la Corte que asumiera el conocimiento del presente asunto, para efectos de estudiar un posible cambio jurisprudencial. La plenaria decidió conocer de esta tutela, de conformidad con lo expuesto en los artículos 54A del Reglamento de la Corporación y 34 del Decreto 2591 de 1991. Sin embargo, la mayoría de la Corte resolvió reiterar su doctrina, por lo que no aceptó el proyecto de fallo presentado por el Magistrado Fabio Morón Díaz. En consecuencia, la redacción de la presente sentencia, que es acorde con la decisión de Sala, correspondió al Magistrado Jairo Charry Rivas.

## 1. Hechos

Los hechos que originan la acción de tutela objeto de estudio, pueden resumirse así:

- En contra del accionante, la Fiscalía General de la Nación profirió resolución de acusación como presunto autor de los delitos de fraude procesal y de estafa, esta última, en grado de tentativa.
- El Juzgado 11 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia del 9 de mayo de 1994, encontró culpable al actor de los delitos acusados por la Fiscalía. Por ello, le impuso una condena de 18 meses de prisión por el delito de fraude procesal, el cual incrementó en 6 meses por el delito de estafa en grado de tentativa; mil pesos de multa; la interdicción de derechos y funciones públicas por lapso igual a la pena principal y la suspensión del ejercicio

de la profesión de abogado, por igual término.

- El accionante interpuso recurso de apelación contra la decisión del A quo, el cual fue resuelto por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que en sentencia del 11 de agosto de 1994, confirmó el fallo de primera instancia en todas sus partes.

- En la oportunidad procesal debida, el defensor del accionante interpuso recurso extraordinario de casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, organismo que en sentencia de septiembre 9 de 1998 declaró la prescripción respecto del delito de fraude procesal. Así mismo, revisó la pena señalada para el delito de estafa y dispuso su modificación para incluir su agravación punitiva en razón de haber utilizado a la administración de justicia como instrumento para atentar contra el patrimonio ajeno. En tales circunstancias, el juez de casación aumenta la pena impuesta al actor de 6 meses a 12 meses de prisión y de mil pesos a mil trescientos pesos. Pese a esa decisión, la Corte no casó la sentencia.

- A juicio del accionante, la pena impuesta por la Corte Suprema de Justicia se debió a que el cálculo de la misma, parte del máximo señalado en el artículo 356 del Código Penal, el cual incrementó en una tercera parte por razón de la circunstancia agravante del numeral 1º del artículo 372, para un total de 24 meses, que redujo a la mitad por tratarse de tentativa.

- El apoderado del peticionario solicitó, ante el juez de casación, la declaratoria de nulidad de la sentencia del 9 de septiembre de 1998, por encontrarla contraria a la garantía de la reformatio in pejus y del principio del non bis in idem. El 15 de octubre de 1998, la Corte Suprema de Justicia rechazó, por improcedente, dicha petición.

## 2. La Solicitud.

El accionante considera que la sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, vulneró los artículos 29 y 31 de la Carta, como quiera que desconoció la garantía de la reformatio in pejus, los principios del non bis in idem y de legalidad y, el derecho de defensa. En consecuencia, solicita que el juez de tutela deje sin efecto la sentencia del 9 de septiembre de 1998, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pero solamente con relación a la agravación de las penas impuestas por la tentativa de estafa. En síntesis, el actor pretende que el juez constitucional deje en firme las sanciones que

colocaron los jueces de primera y segunda instancia en el proceso penal.

### 3. Sentencias objeto de revisión.

#### 3.1. Primera instancia.

La Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 13 de noviembre de 1998, negó la acción incoada, por considerar que la tutela no procede contra sentencias ejecutoriadas, salvo que se demuestre que existe una vía de hecho del juzgador, la que, en su concepto, no se configura en el presente caso.

En cuanto a la transgresión de la *reformatio in pejus*, el juez constitucional expuso los siguientes razonamientos:

“Si bien es cierto que la Corte Suprema de Justicia incrementó la pena impuesta al peticionario por el Juzgado de primera instancia, no resulta menos evidente que la dosificación hecha por la Sala Penal está ajustada a los presupuestos legales.

El incremento de la pena constituyó el resultado de la aplicación que hizo la Sala Penal de una causal genérica de agravación contemplada en el Código Penal, invocada a partir del análisis de los hechos que motivaron la causa penal seguida contra el accionante. Entonces, no puede concluirse que haya sido violada la prohibición de la *reformatio in pejus* prevista en el artículo 31 de la Constitución Política, pues la pena incrementada está dentro de los límites legales que la legislación penal contempló para el delito de estafa por el cual fue condenado finalmente el actor.

La garantía fundamental de la *reformatio in pejus* no implica la prohibición absoluta para el superior de agravar la pena, puesto que el incremento resulta posible, como en este caso concreto, frente a determinadas circunstancias, siempre y cuando, se ajuste al principio de legalidad de la pena en cuanto a sus mínimos y máximos previstos en la legislación criminal”.

En lo que toca a la violación de la garantía fundamental del *non bis in idem*, expresó el A quo:

“...sin mayores esfuerzos puede observarse que la Sala Penal no adelantó ningún proceso

nuevo en su contra sino que únicamente se limitó a resolver el recurso extraordinario de casación.

En su sentencia, la Corte no entró en nuevas consideraciones para la tipificación del fraude procesal, como lo planteó el accionante ya que, por el contrario, declaró la extinción de la acción penal respecto de este delito al haber alcanzado su término de prescripción”.

En relación con la supuesta violación del principio de legalidad y del derecho a la defensa, el juzgador de primera instancia estimó que:

“...tampoco puede considerarse vulnerado el principio de legalidad invocado como fundamento de la tutela, por cuanto la circunstancia de agravación aplicada a la pena impuesta al accionante está prevista expresamente como tal, en el artículo 372 del Código Penal.

El simple hecho de que esta circunstancia no aparezca taxativamente descrita dentro del artículo 66 del Código represor, no implica que no pueda ser tomada en cuenta por el juzgador, puesto que, como causal genérica con entidad propia, resulta aplicable a cualquiera de los delitos contemplados en el estatuto punitivo ...”

### 3.2. Sentencia de segunda instancia.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante fallo del 15 de octubre de 1998, decidió confirmar la providencia impugnada. El Ad quem señaló que la acción de tutela no procede contra sentencias ejecutoriadas, como quiera que la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, normas que la autorizaban.

## II. LAS PRUEBAS DECRETADAS POR LA SALA DE REVISION.

En razón a que había transcurrido bastante tiempo entre la fecha de presentación de la tutela y el día en que se subsanó la nulidad por falta de notificación de la acción a terceros interesados, la Sala Octava de Revisión consideró necesario actualizar el reporte sobre el estado de cumplimiento de la pena principal que le fue impuesta al tutelante por el delito de estafa en grado de tentativa.

Así las cosas, mediante auto del 1º de agosto de 2000, reiterado mediante proveído del 22

de agosto de 2000, la Sala de Revisión dispuso que, por intermedio de la Secretaria General de la Corte Constitucional, se oficiara al Juzgado 11 Penal del Circuito de Bogotá para que, previa verificación con el correspondiente Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, enviaran con destino a las presentes diligencias, información actualizada, pertinente y relevante acerca del estado de cumplimiento de la pena principal que le fue impuesta al condenado Miguel Angel Barranco García, por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia del 9 de septiembre de 1998.

Así mismo, la Sala solicitó que, si el condenado se encuentra cumpliendo la condena, se informara cuánto tiempo le faltaba para cumplirla y en qué fecha ello ocurriría.

El Juzgado Once Penal del Circuito respondió:

“... por auto del 9 de noviembre de 1998 se reasumió el conocimiento del proceso y se ordenó librar las comunicaciones respectivas en atención a lo dispuesto tanto por la H. Corte Suprema de Justicia y el H. Tribunal Superior de esta ciudad.

En consecuencia, y como quiera que específicamente, en cuanto se refiere al condenado BARRANCO GARCIA, se le impuso condena por la H. Corte Suprema de Justicia, y NO SE LE CONCEDIO EL SUBROGADO DE LA CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL (PUES EL FALLO NO SUFRIO MODIFICACION EN ESE SENTIDO), es evidente que el condenado BARRANCO GARCIA no ha cumplido la sentencia que se le impuso, por cuanto que el mismo no ha sido capturado ni dejado a disposición de esta oficina por razón del expediente que en su contra se adelantó, ignorándose qué trámites al respecto haya adelantado el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de este Distrito Capital, autoridad a la que se le envió la actuación correspondiente, para los efectos legales desde el pasado 3 de diciembre de 1998, razón por la que respetuosamente se sugiere, actualizar la información procesal con dicho Juzgado de penas, si se estima necesario...”

Por su parte, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad expuso:

“...Como quiera que las sentencias del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no tocaron en lo absoluto lo correspondiente al subrogado penal citado y de acuerdo al fallo anterior, resulta claro que no se ha dado cumplimiento a esa parte de la sentencia, por cuanto el mencionado BARRANCO GARCIA no ha sido capturado

para los efectos antedichos.

Tampoco este despacho ha proferido alguna decisión que extinga o libere la pena reseñada por alguna de las causas legales contempladas en nuestro estatuto penal. Por ende y de lo visto, puede decirse que el condenado no se encuentra cumpliendo la condena.

Finalmente le comunico que no aparece ninguna solicitud al respecto por parte del sentenciado BARRANCO GARCIA ante este despacho o ante el juez de conocimiento...”

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de la referencia, según lo preceptúan los artículos 86, inciso 3º y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problemas jurídicos.

El accionante interpuso acción de tutela contra una sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien, pese a desestimar la demanda de casación, resolvió aumentar la pena principal interpuesta por los jueces de instancia de 6 a 12 meses de prisión y las sanciones accesorias de \$1.000 a \$1.300 y, de suspensión de la profesión de abogado por el mismo tiempo que la pena principal. Por esta razón, el actor sostiene que el juez de casación desconoció los principios de legalidad y de la reformatio in pejus.

Por su parte, los jueces constitucionales consideran que la acción de tutela no procede por dos razones: de un lado, porque el principio de la reformatio in pejus no se aplica cuando el juez de la competencia pretende corregir errores del A quo y así preservar el principio de legalidad. De otro lado, porque la acción de tutela no procede contra sentencias ejecutoriadas.

### 3. Doctrina constitucional en relación con el principio de la prohibición de la reformatio in pejus.

3.1. Salvo en dos oportunidades<sup>1</sup>, la Corte Constitucional ha sido reiterativa<sup>2</sup> en afirmar que



el segundo inciso del artículo 31 de la Carta, impone al juez penal un deber imperativo de asegurar que la sentencia de segunda instancia no empeore la situación del apelante único. En efecto, la *non reformatio in pejus* no sólo es una garantía de respeto por los derechos individuales del condenado sino que es una derivación del principio de legalidad, el cual impone autolimitación y exclusión de la arbitrariedad y del exceso del *ius punendi* del Estado.

En tal contexto, la doctrina constitucional, que hoy se reitera, tiene establecido que “la apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable”<sup>3</sup> y opera sólo a favor del condenado. Por esta misma razón, el *Ad quem* sólo está autorizado a conocer de los asuntos que, a través del recurso, se someten a su estudio. Esto significa que, en los sistemas acusatorios como el nuestro, la competencia en materia sancionatoria es diferente para el juez de primera instancia y para el de segunda. El primero adquiere la competencia de oficio, de acuerdo con la ley, por lo que su función juzgadora está encaminada a la búsqueda de la verdad procesal en general. A su turno, la competencia del fallador de segunda instancia sólo se obtiene cuando los sujetos procesales que están autorizados para poner en funcionamiento el aparato judicial, presentan un recurso, siguiendo las condiciones fijadas por la ley. Por consiguiente, el recurso limita la competencia del superior jerárquico y prohíbe que el juez de segunda instancia actúe *ex-officio* en los procesos sancionatorios.<sup>4</sup>

Además, sólo si se interpreta con carácter restrictivo la competencia del juez por vía de apelación, es posible dar plena eficacia a la competencia en la consulta<sup>5</sup>. En efecto, el intérprete no puede otorgar las mismas facultades al superior jerárquico cuando se trata de apelación y cuando se refiere a la consulta (el juez puede decidir sin limitación alguna sobre la providencia o la parte pertinente de ella C.P.P. art. 217), puesto que colocaría en el mismo plano jurídico a dos instituciones procesales que son diferentes y que buscan la protección de intereses por vías diferentes.

3.2. Así las cosas, la interpretación del artículo 31 de la Carta parecería sencilla: en todo caso en donde existe un apelante único, que impugna una decisión condenatoria, no es posible que el superior agrave la pena. Sin embargo, la situación se hace compleja cuando el superior jerárquico pretende corregir errores cometidos por el juez de primera instancia, para efectos de mantener la legalidad de la pena. Para un importante sector de la doctrina y del sector judicial, incluyendo a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>6</sup> y algunos

Magistrados de la Corte Constitucional que han salvado su voto en decisiones anteriores<sup>7</sup>, la constitucionalización de la non reformatio in pejus no se agota con la protección del procesado sino que debe interpretarse sistemáticamente con los principios de igualdad en la aplicación de la ley penal y de legalidad. De ahí pues que “la garantía que implica la prohibición de reformatio in pejus no puede convertirse en coartada para tolerar o convalidar una sentencia que pase por encima del principio de igualdad ante la ley. La Constitución reconoce una garantía, como esta, sobre la base de que el acto jurisdiccional no desborde la legalidad básica, aquella a partir de la cual, o dentro de la cual, el legislador le entrega al juez la facultad de juzgar...”<sup>8</sup>. En tal virtud, el superior jerárquico que evidencie una sentencia ilegal debe modificarla, aún si se empeora la situación del apelante único.

Pues bien, es cierto que frente a una decisión del superior jerárquico que corrige errores del A quo, es posible hablar de una tensión hermenéutica, que surge entre la aplicación de los principios de legalidad de la pena y de igualdad en la aplicación de la ley y, la exigencia constitucional de buscar la efectividad de los derechos del procesado. Por ello, podría pensarse que en la ponderación de los derechos y principios en juego, el intérprete debe privilegiar la protección del sistema jurídico que está cimentado en el principio de legalidad, por lo que el juez de segunda instancia podría empeorar la situación del apelante único.

3.3. Pese a la aparente fuerza de la tesis anterior, la Sala Plena no coincide con su aplicación por las siguientes razones. El principio de legalidad no puede ser interpretado de manera estrecha al punto que desconozca el sentido mismo que dio origen a su elaboración. En efecto, la legalidad es una conquista en el derecho penal que garantiza certeza jurídica, no sólo de la conducta reprochada o de la sanción sino de la decisión judicial que impone una pena o que absuelve al procesado. Dicho de otro modo, este principio se convierte en una protección de la confianza en el proceso penal, el cual, incluye naturalmente la sentencia. De ahí pues que si la pena sólo esta determinada en la decisión judicial -antes de la sentencia la sanción es solamente determinable entre un mínimo y un máximo que será concretada por el juez-, es en la sentencia cuando se logra el máximo de certeza jurídica que se propone el Estado de Derecho. Por este motivo, si el superior empeora la situación del apelante único, no sólo quebranta la confianza en el fallo que el principio de legalidad protege, sino que se generan consecuencias sorpresivas naturalmente no calculadas por el sindicado.

En este sentido, desmejorar la situación del apelante único no sólo vulnera sus derechos y garantías constitucionales sino que deteriora el principio de legalidad, en cuanto así se menoscaba la confianza jurídica en la decisión judicial que se modifica sin que el condenado lo haya solicitado.

De otro lado, tal y como se explicó en el numeral 3.1. de la parte motiva de esta sentencia, la protección del principio de legalidad que asume el superior al pretender corregir los errores del A quo no es posible si el juez no tiene competencia para ello. En efecto, en razón a que la función judicial es reglada, ella sólo puede ser ejercida por quienes la norma positiva les reconoce, no sólo jurisdicción sino competencia para ejercerla válidamente. Por lo tanto, si el superior “adquiere competencia sólo en función del recurso interpuesto por el procesado”<sup>9</sup>, no puede modificar para peor la sanción so pretexto de ejercer la función de control de legalidad.

En síntesis, la interpretación sistemática de la Carta permite concluir que la garantía constitucional que prohíbe la *reformatio in pejus* no admite excepciones cuando el condenado es apelante único, pues sólo así se garantiza la efectividad del artículo 31 de la Carta y del principio de certeza jurídica en el fallo.

3.4. Pero incluso si en gracia de discusión se acepta que la tesis de la Corte Constitucional lleva a que el principio de legalidad debe ceder frente al respeto de los derechos individuales del procesado, la pregunta que surge es la siguiente: ¿quién debe soportar la carga del error del juez?. La respuesta no puede incluir al condenado. En efecto, no existe ni debe existir norma que le imponga al sujeto activo de un delito la obligación de colocar en funcionamiento el aparato judicial para preservar el principio de legalidad de la pena, en contra suya. De hecho, si la propia Constitución exceptúa al sindicado de la obligación de declarar contra sí mismo (C.P. art. 33), con mayor razón lo exonera de la obligación de interponer un recurso que menoscaba su defensa o su situación como apelante.

“resulta excepcional e insólito que si existe un vicio sustancial en la sentencia ni el Ministerio Público ni la Fiscalía interpongan contra ella el correspondiente recurso. Esa conducta omisiva comporta la aquiescencia del Estado, a través de los funcionarios investidos de competencia precisamente para esos efectos, con la sentencia de primera instancia que, de ese modo, queda convalidada en cuanto a las consecuencias favorables que ella comporte

con respecto al apelante único.”<sup>10</sup>

De otro lado, la Sala reitera la posición que adoptó en la sentencia C-055 de 1993<sup>11</sup>, al decir:

“La norma plasmada en el segundo inciso del texto constitucional [art. 31] parte de la hipótesis en la cual ya existe una condena y, por tanto, de una situación en que la persona objeto de ella tiene mayor interés en la revocación o disminución de la pena impuesta, que el Estado en su agravación. Así pues, ejercido el derecho que corresponde al condenado según el principio de la doble instancia, es entendido que el objetivo del recurso consiste en que, en caso de prosperar, conduzca a una definición de favor y no a una modificación de la sentencia en su perjuicio”.

3.5. Así las cosas, frente a las decisiones proferidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, surge una nueva inquietud: ¿si el tribunal de casación está instituido, como función básica, para ejercer un control de legalidad sobre las decisiones judiciales, podría empeorar la situación del apelante único, cuando el fallo que revisa contraría la ley?. La Corte reitera su tesis en el sentido de que ni siquiera el tribunal de legalidad puede, por vía interpretativa, establecer excepciones a la garantía constitucional de la prohibición de empeorar la pena impuesta al apelante único. En efecto, el artículo 31 superior es claro cuando afirma que “el superior” no está autorizado para agravar la pena del apelante único. Obsérvese que el Constituyente no se refirió a la garantía en la segunda instancia, sino ante el superior, lo cual incluye sin duda al tribunal de casación. En tales circunstancias, si el Constituyente hubiese querido que la *non reformatio in pejus* se predicara únicamente en el trámite ordinario o en los recursos ordinarios, no hubiese utilizado la palabra “superior” sino seguramente, fallador de segunda instancia.

Al respecto, esta Corporación ya había dicho que:

“En principio, podría estimarse que cuando el artículo 31 se refiere al superior en ejercicio del recurso de apelación está limitando la garantía constitucional de la *reformatio in pejus* a la segunda instancia y excluyendo, por tanto, las sentencias de casación. Tal sería la conclusión de interpretar el requisito constitutivo de la interdicción, “apelante único”, en sentido literal y referible únicamente al recurso de apelación, sin que su aplicación pudiera hacerse efectiva en el campo de la casación. Sin embargo, el principio de efectividad de los

principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, que constituye un fin esencial del Estado (CP art. 2), impone otra conclusión. Cuando la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, profiere una sentencia sustitutiva de la decisión casada, actúa como Tribunal de instancia para todos los efectos y se convierte en el Juez “Superior” al cual alude el artículo 31 de la Constitución Política. En dicho sentido, la Sala de Casación Penal está plenamente vinculada a la garantía constitucional de la *reformatio in peius*, quedando obligada a verificar las circunstancias concretas – partes apelantes, carácter y naturaleza de las pretensiones – a fin de determinar el quantum de la condena y dejar a salvo de esta forma los derechos fundamentales del procesado.”<sup>12</sup>

Lo anterior no significa desvirtuar la función especialísima del control de legalidad sobre todo el proceso ejercida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de casación, sino precisar la aplicación de las reglas y principios que rigen la estimación de la pena a imponer cuando se actúa como juez o tribunal de instancia.

3.6. Con base en lo expuesto, ahora, la Corte deberá analizar si la efectividad de la garantía consagrada en el artículo 31 de la Carta, corresponde al juez ordinario o si, puede ser asumida por el juez constitucional, a través de la acción de tutela.

4. Vía de hecho por desconocer el principio de la *non reformatio in peius*.

4.1. Como es sabido la acción de tutela es un medio judicial de defensa de los derechos fundamentales de naturaleza subsidiaria y residual. Por ello, la Corte Constitucional ha dicho que la tutela no procede contra sentencias ejecutoriadas a menos que en aquellas se configure vías de hecho, esto es, en los casos en que “el juzgador, en forma arbitraria, caprichosa y subjetiva, y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico”<sup>13</sup>.

4.2. El criterio precedente no es de recibo porque aquí no se discute simplemente una interpretación, sino que se reprocha la vulneración de derechos individuales a partir del desconocimiento del artículo 31 de la Constitución. En efecto, tal y como lo expresa el artículo 4º superior, la Constitución es la norma que somete a todos los poderes públicos, lo que incluye a los jueces, por lo que la interpretación que se aparta de ella es una decisión que vulnera derechos fundamentales y se convierte en una vía de hecho, susceptible de corrección por vía de tutela.

En relación con el sometimiento de los jueces a la Carta y, a la interpretación autorizada que realiza la Corte Constitucional, la doctrina extranjera ha dicho que los sistemas en donde existe la doble vinculación del juez a la ley y a la Carta exigen una interpretación constitucional autorizada que actúe como una función “de cierre” del ordenamiento jurídico. Por esta razón, “la necesidad, subsiguiente, de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, significará que todos los jueces han de llevar a cabo tal interpretación constitucional y, lo que es más significativo aún, que tal interpretación han de efectuarla según las pautas determinadas por el supremo aplicador e intérprete de la Constitución: el Tribunal Constitucional, que así se convierte, de manera inexorable, en el supremo tribunal del Estado, por encima del tribunal de casación...”<sup>16</sup>

De hecho, la Corte ya había dicho que “si hay discrepancia sobre el sentido de una norma constitucional, entre el juez ordinario (dentro del cual, para estos efectos, hay que incluir el de casación) y la Corte Constitucional, es el juicio de ésta el que prevalece, tal como se desprende, con toda nitidez, del fallo C-083 de 1995 que, al declarar la exequibilidad del artículo 8° de la Ley 153 de 1.887, fijó el alcance de la expresión ‘doctrina constitucional’”<sup>17</sup>. Incluso, en otra oportunidad, esta Corporación también sostuvo que aún en caso de divergencia entre la interpretación que ella realiza y el desarrollo legal de la Carta, prevalece la primera. Al respecto dijo que “en caso de que exista un conflicto en torno al alcance de una disposición constitucional entre el desarrollo normativo expedido por el Congreso y la interpretación efectuada por la Corte, prevalece la interpretación de esta última, por cuanto ella es la guardiana de la Carta, y por ende su interpretación constitucional funge como auténtica dentro del ordenamiento jurídico colombiano”.<sup>18</sup>

4.3. En virtud de lo anterior, el juez ordinario también debe aplicar el artículo 31 de la Carta, de manera tal que le otorgue la máxima efectividad. Por lo tanto, si el fallador se aparta, sin razones que lo justifican, de la norma superior o de la interpretación autorizada de la misma, vulnera la Carta y permite que la jurisdicción constitucional exija el respeto por los principios de supremacía constitucional y de eficacia de los derechos fundamentales.

## 5. Caso concreto.

5.1. El actor fue condenado en primera y segunda instancia por los delitos de fraude procesal (12 meses de prisión) y estafa, en grado de tentativa (6 meses de prisión). Así mismo,

impuso la multa de \$1000 y la pena accesoria de suspensión del ejercicio profesional por el mismo tiempo de la pena principal. La defensa, como único sujeto interesado, presentó demanda de casación. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no casó la sentencia de segunda instancia, pero modificó la decisión así: declaró la prescripción de la acción penal contra el delito de fraude procesal y, en relación con la tentativa de estafa, aumentó la pena de 6 meses a 12 meses de prisión. De igual manera, la pena accesoria de suspensión del ejercicio profesional fue aumentada en los términos de la pena principal. Finalmente, la sanción de multa se incrementó de \$1000 a \$1300.

Para la Corte, el incremento de la pena, sin reconocer que el actor fue el único interesado en la demanda de casación, puesto que ni el Ministerio Público ni la Fiscalía hicieron otro tanto, vulneró el artículo 31 superior. Ello acredita la violación de los derechos fundamentales del actor, por lo que esta Corporación procederá a la protección inmediata de los derechos, ordenando la nulidad de la sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 9 de septiembre de 1998.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Primero. REVOCAR las sentencias del 15 de octubre de 1998 de la Sección Quinta del H. Consejo de Estado y del 13 de noviembre de 1998, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en las que se negó la tutela de la referencia. En su lugar, CONCEDER la tutela del derecho al debido proceso de Miguel Barranco García, por cuanto el accionado desconoció la garantía que constituye la prohibición de la reformatio in pejus.

Segundo. DECLARAR que es nula por violación de los artículos 2, 4, 29 y 31 de la Constitución, la sentencia del 9 de septiembre de 1998, proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se empeoró la situación del único demandante en casación.

Tercero. ORDENAR a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que, al resolver la casación interpuesta por el señor Miguel Barranco García, como único demandante, confirme

la pena impuesta por los jueces penales de instancia y se limite a hacer las reducciones correspondientes a la prescripción de la acción penal del delito de fraude procesal, y adecue la duración de las penas accesorias a lo correspondiente, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. Líbrense por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos contemplados.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Constitucional y cúmplase.

FABIO MORON DIAZ

Presidente

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

JAIRO CHARRY RIVAS

Magistrado (e)

CARLOS GAVIRIA DIAZ

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (e)

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ



Magistrada (e)

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

Secretario General (e)

Salvamento de voto a la Sentencia SU.1553/00

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-No vulneración/PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA-Vulneración (Salvamento de voto)

Con el acostumbrado respeto a la decisión adoptada por la mayoría, me permito, a continuación, consignar las razones de mi disenso, las cuales en esencia, corresponden a las Consideraciones en que fundamenté el proyecto que no acogió el Pleno de la Corte, y que propuse para fallar el proceso de revisión de los fallos pronunciados dentro de la acción de tutela que, con miras a la protección a los derechos constitucionales al debido proceso, legalidad, defensa y de observancia de la prohibición de reformatio in pejus y del non bis idem, instauró el ciudadano MIGUEL BARRANCO GARCIA, en su propio nombre, contra la sentencia de casación de fecha nueve (9) de septiembre de 1998, proferida por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso radicado bajo el No. 10311 que resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por su apoderado defensor, por estimarla violatoria de la garantía constitucional conocida como “no reformatio in pejus” prevista en el artículo 31 de la Carta Política Superior, del principio del non bis in idem y del derecho al debido proceso, pues en su entender, agravó la pena principal de seis (6) meses que le fué impuesta por el Juzgado Once (11) Penal del Circuito de Bogotá mediante sentencia del (9) nueve de mayo de 1994 como coautor por el punible de estafa en grado de tentativa, al aumentarla a (12) doce meses de prisión, pese a ser apelante único.

El Salvamento de Voto, en esencia, reitera la tesis que, sobre esta misma temática, consigné en Salvamento de voto a la Sentencia No. SU-327 de fecha 27 de julio 1995 (M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz), que unificó la jurisprudencia concerniente al proceso objeto de revisión, el cual suscribí con los HH.MM. Jorge Arango Mejía, Vladimiro Naranjo Mesa y Hernando Herrera Vergara y, posteriormente reiteré en el Salvamento de Voto a la Sentencia SU-598 de 1995,

que suscribí con el H.M. Hernando Herrera Vergara.

En la Consideración Tercera de la Ponencia que no fue acogida, consignaba mi pensamiento acerca del alcance del principio de la no reformatio in pejus a la luz del principio de legalidad en materia penal, por lo que, estimo pertinente, transcribirla:

“...

Tercera.- Inexistencia de vía de hecho que haya acarreado el desconocimiento del derecho al debido proceso o violación del principio de la no reformatio in pejus

...

Si bien es cierto que mediante la Sentencia de Casación del nueve (9) de Septiembre de 1998, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia aumentó de seis (6) a doce (12) meses la pena impuesta al accionante como autor responsable del delito de estafa en grado de tentativa, no por ello la incurrió en vía de hecho que haya acarreado el desconocimiento de los derechos al debido proceso, a la defensa, o violación del principio de la no reformatio in pejus o del principio del non bis in idem, comoquiera que el incremento punitivo se produjo como consecuencia del imperativo de que la pena tuviera en cuenta la causal genérica de agravación punitiva prevista en el artículo 372 numeral. 1º. del Código Penal, al haberse empleado la administración de justicia como instrumento para atentar contra el patrimonio ajeno, circunstancia que no fué considerada por el a quo, en observancia estricta de los principios constitucionales de juzgamiento e incriminación conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, de legalidad de la pena (artículo 29 C.P.) y de igualdad ante la ley penal.

En ese orden de ideas, ...como los principios de no reformatio in pejus y de legalidad de la pena, son ambos de rango constitucional y tienen idéntica jerarquía, se impone un criterio interpretativo de la Constitución Política que asegure su adecuada armonización.

Y, a propósito del principio del non bis in idem, la Sentencia en cita, señaló:

“...tampoco halla la Sala justificación en la posible violación del principio del non bis in idem pues, como bien lo esclareció el máximo Tribunal de Casación Penal, en la ya citada Sentencia de enero 27 de 1999:

“... la mayor o menor gravedad del hecho punible es un componente que con distinta proyección incide en la medición judicial de la pena (art. 61 C. P.), la suspensión de la condena (art. 68 idem) o la libertad condicional (art. 72 ibidem), instituciones que corresponden a pasos graduales en el desarrollo del proceso penal y, por ende, ningún sacrificio representan para el principio del non bis in idem, pues, verbigracia, cuando tal ingrediente se considera para negar la libertad, por su mayor destacamento frente a otros, no se propugna por la revisión de la sanción o la imposición de otra más grave, sino que, por el contrario, se declara la necesidad del cumplimiento cabal de la que se había dispuesto en la sentencia porque el procesado no tiene derecho al subrogado.

”...

Esta concepción ha sido constante y reiterada por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos más recientes sobre el tema, de los que vale la pena citar algunos apartes de la Sentencia de veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997), (M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar), que sintetiza las razones constitucionales que imponen articular y armonizar la garantía de la no reformatio in pejus cuando el apelante es único, con los principios constitucionales que proclaman la legalidad de las penas, el juzgamiento e incriminación conforme a la ley penal preexistente, la igualdad ante la Ley Penal y el sometimiento del juez al imperio de la Ley.

En la providencia en cita se lee:

“...

La Sala ha venido considerando que dada la constitucionalización del principio de legalidad y habida cuenta del mandato que sobre el carácter normativo de la Carta contiene la propia Constitución, no es posible sostener la prevalencia de la prohibición de reforma en peor de las sentencias (Art 31 C.P.) , para aplicar esta ultima disposición en perjuicio de aquel. La garantía fundamental que implica el principio de legalidad (C.P. art 29) no se puede agotar en la recortada perspectiva de la “protección del procesado” en un evento determinado, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley penal a fin de que el Estado ( a través de los funcionarios que aplican la ley, esto es, los jueces ) no pueda sustraerse de los marcos básicos (mínimo y máximo) de la pena declarada por el legislador para cada tipo penal o para cada clase de hecho punible.

Grave perjuicio a la igualdad de todos ante la ley penal (basilar en el Estado de Derecho) se originaria de admitir que por la vía particular de la sentencia, un sujeto de derecho pudiese recibir penas mas allá de los límites máximos dispuestos por el legislador, o que estén por debajo de sus límites mínimos, o no consagradas en ley. De ahí que se acuda al principio de coexistencia de las disposiciones constitucionales para intentar un marco de aplicación que no sacrifique ninguna de las garantías (legalidad de la pena y exclusión de reformatio in pejus) en detrimento de la otra, y que de paso tampoco desconozca principios, valores y derechos también fundamentales como los de separación de poderes (arts. 1 y 113 C.P.), sometimiento del juez al imperio de la ley (entendiendo en ella a la Constitución misma) (arts 4 y 230 C.P.), primacía y aplicación inmediata de los derechos fundamentales (arts. 84, 93 y 94 C.P.), y reserva del legislador para la expedición de códigos (arts. 28 y 150 C.P), entre otros.

Cuando el Constituyente declara que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, esta declarando implícitamente, entre otras muchas cuestiones, que a nadie se le puede imponer pena no prevista por el legislador para ese hecho. Ese legislador, en el orden jurídico -político colombiano, ha decidido, a su vez, un sistema punitivo ecléctico que contiene elementos de los regímenes de punibilidad legislativa, punibilidad judicial y punibilidad administrativa o penitenciaria, es decir, que el legislador define topes y criterios, el juez individualiza la pena dentro de esos límites y la administración jalona el proceso de ejecución de la pena pero sometida a controles judiciales definidos previamente en la ley. Y en tanto mayor o menor movilidad considere el legislador que debe otorgar al juez, así lo declara de manera expresa , juicio político este que se manifiesta en normas como las que regulan los términos de duración de las diversas clases de pena (art 44 Cod. Penal), la distinción entre penas principales y accesorias (arts 41 y 42) las que definen cuando y a cuales penas principales acceden las accesorias (art 52) o como se ejecutan o con que criterios se aplican, o que mecanismos alternativos o sustitutos proceden para ellas y en que clase de eventos.

De modo que es por ello por lo que el margen de apreciabilidad que la Carta otorga al juez para aplicar la pena e imponerla en concreto, no es, ni puede ser, enteramente libre, desatada o absuelta, sino que la misma debe ser conforme a leyes preexistentes, tal y como lo declara el artículo 29 del documento fundante del Estado Colombiano. Salirse de ese entorno, y admitirse tal marginamiento bajo la consideración de una prevalencia de la

prohibición de reforma en peor, prioridad que la Constitución no declara, es tanto como validar una función judicial absolutizada, descoordinada del resto del sistema jurídico, intocable y por lo mismo incontrolada. Es tanto como hacer de la judicatura un poder al margen del poder de corrección, incluso hacia su mismo interior, frente a sus jerarquías, frente a sus instancias.

... La Corte ha precisado suficientemente cual es el contorno dentro del cual el juez puede llevar a cabo sus juicios de valor y aplicar el derecho penal. Así como los derechos fundamentales tienen un núcleo esencial intocable y una órbita de regulabilidad que depende de las decisiones políticas del legislador, también las normas de derecho punitivo 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. En materia de penas, los límites máximo y mínimo, su clase, su previsión previa, su naturaleza principal o accesoria, son impermeables, aun frente a la pretendida autonomía del juez o a disposiciones como la proscripción de la reforma en peor. No es pues un concepto de "legalidad" entendido como sinónimo de "ley sustancial", sino a la luz de un significado mas hondo en tanto concibe la "legalidad" como principio, es decir, en su función límite e impenetrable para el aplicador de la ley.

... La garantía que implica la prohibición de reformatio in pejus no puede convertirse en coartada para tolerar o convalidar una sentencia que pase por encima del principio de igualdad ante la ley. La Constitución reconoce una garantía, como esta, sobre la base de que el acto jurisdiccional no desborde la legalidad básica,

Salvamento T-191391

aquella a partir de la cual, o dentro de la cual, el legislador entrega al juez la facultad de juzgar , pero mas allá de la cual el juzgador no puede ir sin violar los principios constitutivos del Estado.

Por lo anterior, en mi concepto, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia se limitó a conformar la pena a la causal genérica de agravación prevista en el artículo 372 del Código Penal, que no fue tomada en cuenta por el fallador de primera instancia, por lo que,

en mi sentir, mal podría interpretarse su actuación como una violación al artículo 31 de la Carta, cuando la observancia del principio constitucional de legalidad fué el determinante del incremento punitivo.

De ahí que, en mi criterio, lo procedente era revocar la Sentencia del quince (15) de Octubre de 1998 de la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, que denegó la tutela, por considerarla improcedente contra sentencias judiciales, al tiempo que confirmar la Sentencia del 13 de noviembre de 1998 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera, que negó la tutela reclamada por el accionante.

Fecha ut supra,

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

Adhiero al presente salvamento de voto

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

Adhiero al presente salvamento de voto

CRISTINA PARDO S.

Magistrada

1 Sentencias T-146 y 155 de 1995.

2 Al respecto, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias SU-327 de 1995, C-055 de 1993, SU-598 de 1995, SU-962 de 1999, T-750 de 1999, T-178 de 1998, T-751 de 1999, T-179 de 1998 y T-113 de 1997.

3 Sentencia SU-327 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz

4 Al respecto ver la sentencia T-099 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía.

5 En este tema, es pertinente la sentencia C-583 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

7 Pueden verse los salvamentos de voto de los Magistrados Fabio Morón Díaz, Jorge Arango Mejía, Vladimiro Naranjo Mesa y Hernando Herrera Vergara en las sentencias SU-327 de 1995, SU-598 de 1995, entre otras.

8 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de octubre de 1997. M.P. Carlos E. Mejía Escobar.

9 Sentencia SU-327 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz

10 Sentencia SU-327 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz

11 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

12 Sentencia T-474 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

13 Sentencia T-567 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

14 Sentencia SU-087 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

15 Sentencia T-538 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Reiterada entre otras, en las sentencias T-121 de 1999, T-538 de 1994, T-094 de 1997, T-249 de 1997, T-457 de 1997, T-612 de 1995 y T-191 de 1997.

16 Aragón Reyes, Manuel. “El juez ordinario entre la legalidad y constitucionalidad. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Temas de Derecho Público No. 44. Bogotá. 1997. Página 18.

17 Sentencia SU-327 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz

18 Sentencia C-386 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.