

Sentencia No. SU-327/95

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS/PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

De acuerdo con el principio de la no “reformatio in pejus”, cuando el recurso de apelación sea interpuesto exclusivamente por el procesado o su defensor, el juez de segunda instancia no podrá empeorar la situación del procesado, agravando la pena impuesta por el juez de primera instancia. Es una manifestación del principio de congruencia, según el cual las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: “Tantum devolutum quantum appellatum”. Es decir, que para que el juez de segundo grado pueda pronunciarse, no sólo debe mediar un recurso válido, sino que él debe ser presentado por parte legítima, esto es, aquélla que padezca un perjuicio o invoque un agravio y persevere en el recurso.

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Constitucionalización

En nuestro ordenamiento la garantía de la no “reformatio in pejus” ha sido constitucionalizada, y su elevación a ese rango es congruente con la adopción del sistema penal acusatorio, cuya esencia radica en separar las funciones de acusación y juzgamiento, para colocar en cabeza del Ministerio Fiscal la titularidad de la primera, y en esa medida convertir al juez en un tercero independiente, desligado de muchas de las funciones que oficiosamente debía cumplir en el sistema inquisitivo anterior; por ello se le entrega a la Fiscalía General de la Nación la “carga de la prueba” y la responsabilidad de representar durante la etapa del juicio el interés del Estado en que se castigue al delincuente. Por este camino resulta cierto que frente a un fallo de contenidos ilegales, cuando el mismo parece tocar los intereses legítimos del Estado o de la sociedad, la impugnación del mismo corresponde, a través del recurso de apelación o de casación, al Fiscal y al Ministerio Público; pero toda esa estructura, se destruye cuando el fallador, de oficio, se da a la tarea de suplir las omisiones de aquéllos.

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Competencia restringida del ad quem

Si el juez de segundo grado adquiere competencia sólo en función del recurso interpuesto por el procesado y sólo para revisar la providencia en los aspectos en que pueda serle desfavorable no puede so pretexto de que ha encontrado alguna irregularidad en el proceso o en la sentencia, cuya enmienda conduce a un empeoramiento de la situación del apelante, declararla si tal empeoramiento fatalmente habrá de producirse. Eso equivaldría ni más ni menos, que a encubrir la violación de la norma superior. Tal es lo que ocurre en el caso a estudio. Decretar la nulidad arguyendo que la pena impuesta no es la que corresponde porque la pertinente es la contemplada en otra norma, que la ha aumentado de manera considerable, equivale a agravar la situación del condenado, en contravía de lo que la Constitución dispone.

LEGALIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Aducir que la nulidad se justifica por haberse violado el principio de la legalidad de la pena es un argumento inaceptable. Porque la pena impuesta no es gratuita ni caprichosa, ni ha sido creación arbitraria del juez. Simplemente el juez de primera instancia ha basado su decisión en una norma distinta a la que juzga pertinente el ad quem y, por ende, a juicio de éste ha cometido un error. Pero resulta que los recursos son mecanismos tendentes a eliminar errores, pero errores que el juez de segunda instancia pueda jurídicamente enmendar. Es decir, para cuya enmienda tenga competencia. Y en un caso como el subjúdice tal funcionario tiene su competencia expresamente limitada por la norma constitucional. Si el a quo incurrió en un error y el Estado, por intermedio del Ministerio Fiscal, no lo consideró tal o fue negligente en el ejercicio de su función, tal apreciación u omisión no puede subsanarla el ad quem mediante el desconocimiento de una garantía consagrada en la Carta y no sujeta a condición.

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Vulneración/ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA PENAL/VIA DE HECHO-Aplicación de otra pena

Es procedente la tutela contra el auto del Tribunal que dispuso la nulidad del proceso con el fin de que el a-quo aplicara la pena contemplada en la Ley 40 de 1993 y no la prevista en los artículos 323 y 324 del Código Penal, pues ese camino conduce a un inexorable empeoramiento de la situación de los apelantes, lo que se traduce en un desconocimiento flagrante de la garantía constitucional contenida en el artículo 31 Superior y, por ende, la

providencia judicial constituye una auténtica vía de hecho.

PREVALENCIA DE LA PARTE DOGMATICA DE LA CONSTITUCION

Aplicando el principio de interpretación constitucional indicado en jurisprudencia de esta Corporación, es indudable que la tutela procede en este caso, pues: “La prevalencia de la parte dogmática sobre la parte orgánica de la Constitución involucra el principio de la interpretación más favorable para los derechos fundamentales. La interpretación conforme a la Constitución se traduce, en materia penal, en la limitación de las facultades y del poder punitivo del Estado, en el grado y en la extensión necesarios a fin de garantizar el debido proceso y los demás derechos constitucionales que la Carta consagra en favor de los procesados”.

RECURSO DE CASACION PENAL-Ineficacia/PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA-Vulneración/PREVALENCIA DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

En el caso concreto, existe certidumbre sobre la ineficacia del recurso de casación, por la razón anotada (es la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema la que ha sentado la doctrina sobre la violación del principio de legalidad como excepción a la garantía del artículo 31). Pero puede agregarse un motivo adicional: si hay discrepancia sobre el sentido de una norma constitucional, entre el juez ordinario (dentro del cual, para estos efectos, hay que incluir al 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”

Ref.: Expediente No. T-60.443

Acción de Tutela contra el Juez Penal del Circuito de Istmina -Chocó-, por la presunta violación de los derechos al debido proceso, a la defensa, a la prohibición de la reformatio in pejus, y al principio del non bis in idem.

Temas:

-el principio de la legalidad de la pena.

-la reformatio in pejus.

Actores: Gabriel González Mosquera y Alexis Lisalda Moreno.

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Con el propósito de unificar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la prohibición de la reformatio in pejus consagrada en el artículo 31 de la actual Constitución, la Sala Plena, integrada por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, decide sobre el fallo proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Palmira -Valle-, en el proceso de tutela promovido por los señores Gabriel González Mosquera y Alexis Lisalda Moreno contra el Juez Penal del Circuito de Istmina -Chocó-.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN,

procede a dictar sentencia de revisión de la decisión de instancia proferida en el trámite del proceso de la referencia por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Palmira -Valle-.

ANTECEDENTES

Los señores GABRIEL GONZALEZ MOSQUERA y ALEXIS LISALDA MORENO fueron condenados por el Juez Penal del Circuito de Istmina -Chocó-, mediante la sentencia del 3 de marzo de 1994, a veinticuatro (24) años de prisión, como autores responsables del concurso de los delitos de homicidio y hurto calificados, ambos en circunstancias de agravación punitiva.

Apelada la decisión únicamente por los condenados, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó resolvió, a través del auto del 17 de mayo de 1994, decretar la nulidad de la sentencia impugnada y ordenó dictar una nueva que se ajuste a las consideraciones esgrimidas por la Corporación.

Dos fueron los motivos invocados por la Sala Penal de la citada Coporación, para declarar la

nulidad. A saber:

1-. No hubo congruencia entre la sentencia condenatoria y la resolución de acusación, ya que las circunstancias de agravación tenidas en cuenta para condenar, no fueron las mismas que sirvieron de fundamento para acusar.

A propósito señaló la Sala:

En la resolución de acusación “se tuvo en cuenta únicamente, respecto al homicidio, la causal de agravación consagrada en el numeral 7o. del artículo 324 del C. Penal: y respecto al HURTO CALIFICADO, consagrado en el artículo 350 ibídem, el ordinal 9o. del artículo siguiente, el 351. El a-quo, al condenar, respecto al HOMICIDIO, además del numeral 7o. del artículo 324, consideró el 2, 4 y 6 de la misma norma. Y en cuanto al hurto calificado, además del 9o. del artículo 351, consideró igualmente el numeral 10o.”

“En repetidas ocasiones esta Sala ha afirmado que la anterior modificación a más de ir en contravía con el debido proceso, atenta contra el derecho de defensa de los procesados, pues no se les puede asaltar en el juicio con circunstancias modificadoras del tipo penal que no fueron tenidas en cuenta en la Resolución de Acusación”.

“Nos encontramos pues que en la referida sentencia que se revisa se dan las situaciones consagradas en los numerales 2 y 3 del artículo 304 del C. de P. Penal, a saber: La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan al debido proceso, y la violación del derecho de defensa. Razón por la cual se declarará la Nulidad oficiosamente de la sentencia No.006 del 3 de marzo de 1994, con la advertencia que dicha sanción solamente afecta esa providencia, debiéndose reponer por el a-quo, con sujeción a los parámetros enunciados, sea decir, en perfecta concordancia con la Resolución de Acusación”.

2-. A juicio del Tribunal, el Juez Penal del Circuito de Istmina violó, igualmente, el principio de la legalidad de la pena, pues “los hechos investigados que integran el concurso de hechos punibles, por los que se dictó Resolución de Acusación, se cometieron bajo el imperio de la Ley 40 de 1993 la que fue promulgada el 20 de enero de la misma anualidad, por cuanto los mínimos y máximos de la pena a aplicar, tanto en el artículo 323 y 324 del C. Penal, fueron

modificados por los artículos 29 y 30 de la Ley citada, quedando en la actualidad de 25 a 40 años para el primer caso y de 40 a 60 para el segundo. Es esta graduación la que debió tener entonces el juez de Primera instancia, al fijar la pena, y no la anterior como lo hizo”.

De lo anterior concluyó que “de no ser por la nulidad que se presenta, el Tribunal bien podía hacer los ajustes correspondientes en relación con esta última situación, desde luego si se confirmara la sentencia, pues en nada se contraría la prohibición de reforma traída por el artículo 31 de la Constitución Nacional, pues se trata de un error de aplicación de la pena que tiene que ver con la legalidad de la misma.”.

Con base en las anteriores consideraciones, el Juez Penal del Circuito de Istmina profirió un nuevo fallo el 2 de junio de 1994, mediante el cual aumentó la pena de prisión a 44 años e impuso, entre otras, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena privativa de la libertad.

Inconformes con esta nueva decisión, los condenados, en el escrito de impugnación, sostienen que el error jurídico en que incurrió el juez de primera instancia no puede ser asumido por ellos a costa de su propia libertad, si se tiene en cuenta que, para subsanarlo, dicho funcionario les aumentó desproporcionadamente la pena de prisión. En cuanto a la interdicción de derechos y funciones públicas, manifiestan que el Código Penal fija un tiempo máximo de duración para esta pena, el que fue excedido en la sentencia recurrida.

Presentada la apelación solamente por los condenados, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó decidió modificar el término de duración de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y lo redujo a 10 años que es el límite fijado por la ley -artículo 44 del Código Penal-; además, resolvió confirmar lo relativo a la pena principal de prisión pues, en su criterio, “se trata de un error en la aplicación de la pena en la primera sentencia, que tiene que ver con la legalidad de la pena, y en nada contraría la prohibición de reforma traída por el artículo 31 de la Constitución nacional.”

En términos de los peticionarios, en el juicio adelantado por el Juez Penal del Circuito de Istmina se les vulneró su derecho al debido proceso y a la defensa, ya que las pruebas que ellos solicitaron no fueron practicadas y las existentes no conducían a demostrar su responsabilidad. Además, “nosotros yo y LISALDA MORENO hemos sido condenados dos veces por este mismo homicidio”, si se tiene en cuenta que “a nosotros nos condenaron por

primera vez el Juzgado Penal del Circuito a la pena de veinticuatro años, nosotros apelamos y el Tribunal nos revocó la sentencia y nos dijo que quedabamos (sic) sindicados y por cuenta del juzgado que nos había condenado. Pasados quince días más o menos el mismo Juzgado de Istmina nos mandó a notificar que nos condenaba a la pena de 44 años de prisión sin hacernos audiencia ni nada y allí decían dizque (sic) porque el juzgado nos había condenado conforme al antiguo código y que tenía que ser con el nuevo” .

2. DEMANDA.

3. FALLO QUE SE REvisa.

El Juez Sexto Penal del Circuito de Palmira, mediante providencia del 15 de diciembre de 1994, decidió denegar por improcedente la tutela, con base en las siguientes consideraciones:

“Muy importante hubiera sido poder contar en estos momentos con las copias de las sentencias y demás documentos que pidiera esta oficina al Juzgado Penal del Circuito de Istmina (Ch.), en todo lo relacionado con el proceso que por los delitos de HOMICIDIO y HURTO calificados y agravados, se le adelantara por aquel funcionario a los señores Gabriel González Mosquera y Alexis Lisalda Moreno. Sinembargo (sic) obra en estas diligencias el telegráfico 105 signado por el Dr. Nelson Córdoba Moreno como Juez Penal del Circuito de Istmina, en donde claramente se nos expone la situación presentada en lo relacionado con el caso de los accionantes. Allí, se dice de la sentencia condenatoria y de su posterior confirmación por el Superior jerárquico de dicho funcionario, indicándose con esto, que en los actuales momentos se trata de un caso juzgado.”.

“Muy importante también para los fines de esta providencia es la ratificación que por separado hicieran los dos condenados aquí accionantes. Cada uno por su lado y con sus propias palabras ponen de relieve los episodios por los cuales pasara el proceso que se les adelantó, en donde es bueno subrayar el tránsito de legislación por advenimiento de la Ley 40 de 1993, que en particular y para este caso específico modificó el artículo 323 en lo correspondiente al homicidio, aumentando la oscilación punitiva que otrora se le hubiera asignado por el Legislador a dicha conducta delictiva. Debemos recordar que mientras el homicidio simple tenía asignada una pena de prisión entre los diez y los quince años, el nuevo precepto la aumentó considerablemente de veinticuatro a cuarenta y en tanto que el

(homicidio) agravado anteriormente tenía una pena entre los dieciséis y los treinta, para hoy y por querer de esa misma Ley la pena oscila entre los cuarenta y sesenta años de prisión.”.

“Resulta pues, que los dos señores González Mosquera y Lisalda Moreno fueron juzgados y condenados por homicidio y hurto, ambos con circunstancias de agravación punitiva y según las propias palabras de estos peticionarios la condena que recibieron fue tasada conforme a la norma derogada, cuando en realidad los hechos tuvieron ocurrencia en vigencia de la nueva norma. Esto traduce el que hubiese equivocación en la determinación del juzgado al imponer la sanción. Naturalmente y por la apelación que interpusieran estos mismos condenados, el Superior jerárquico, el Honorable Tribunal Superior de Quibdó al detectar el error, decretó la nulidad para que se dictara nuevamente la sentencia ajustada a los cánones legales que para entonces regían. Con esto sólo se pretendió poner al día en su legalidad la sentencia primeramente dictada, porque la pena impuesta no correspondía a la realidad normativa.”.

“En otras intimidades contadas por los mismos accionantes, logramos establecer, por sus mismas versiones que ellos fueron dentro de ese proceso unos asiduos apelantes, porque hasta el auto de cierre llegaron a recurrirlo. Irónicamente esa manía permitió que el error, que les era favorable, se subsanara y entonces se le aumentara considerablemente la sanción a cada uno de ellos. Mírese que la primera condena lo fue por veinticuatro años, número muy inferior al de cuarenta y cuatro que les fue impuesta posteriormente, dentro de la tasación que verdaderamente les correspondía.”.

“Nos damos cuenta así que estos procesados contaron con todas las garantías e hicieron uso de todos los recursos, todas las veces que ellos así lo consideraron conveniente”.

De conformidad con lo anterior, el Juez Sexto Penal del Circuito de Palmira, concluye que el derecho al debido proceso y a la defensa se les garantizó a los peticionarios y que de no ser así “cualesquier (sic) error debería subsanarse por vía de la Casación o por la acción de Revisión. Este es otro camino que aún tienen éstos dos peticionarios. A nosotros nos resulta demasiado difícil, por no decir imposible, jurídicamente entrar a revisar y cuestionar un fallo que ya fue estudiado, analizado y resuelto por aquel Superior que la Ley faculta para ello. La misma acción de tutela en su reglamentación, desautoriza un amparo por esta vía en lo relacionado con las sentencias judiciales “...Esto lo explicamos, porque de permitirse, reinaría

el caos ante la inseguridad judicial y se quebrantaría de paso el principio de la cosa juzgada. Afortunadamente la realidad hoy día es otra cosa”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA.

Corresponde a la Corte Constitucional pronunciarse en el grado jurisdiccional de revisión sobre el fallo de instancia proferido por el Juez Sexto Penal del Circuito de Palmira, según los artículos 86 y 241 de la Constitución Política de Colombia.

2. CONSECUENCIAS DE ALGUNOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR EL CONSTITUYENTE DE 1991 EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO.

2.1. La prohibición de la reformatio in pejus en el sistema acusatorio colombiano.

El ejercicio del poder punitivo dentro de un Estado de Derecho debe estar sometido a los más estrictos controles, con el objeto de hacer efectivo el respeto de las garantías individuales y la seguridad jurídica. Esos controles se establecen a través del principio de legalidad, que traza límites al ejercicio del poder tanto al momento de configurar los hechos punibles, como al de determinar las consecuencias jurídicas de los mismos (penas y medidas de seguridad), con lo que se excluyen la arbitrariedad y el exceso en el cumplimiento de la tarea de la represión penal.

El principio de legalidad entonces constituye, de un lado, una garantía de libertad y de seguridad para el ciudadano y, de otro, correlativamente, una autolimitación del poder punitivo que el Estado ejerce por medio de sus legisladores y jueces.

Entre las garantías procesales vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano está el principio de la no “reformatio in pejus” que, como señaló esta misma Corporación, “es un principio general de derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (C.P. art. 29)” (Sentencia T-474 de julio 29 de 1992. Ms. Ps. Drs. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero).

De acuerdo con el principio de la no “reformatio in pejus”, cuando el recurso de apelación sea interpuesto exclusivamente por el procesado o su defensor, el juez de segunda instancia

no podrá empeorar la situación del procesado, agravando la pena impuesta por el juez de primera instancia.

Es una manifestación del principio de congruencia, según el cual las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: “Tantum devolutum quantum appellatum”. Es decir, que para que el juez de segundo grado pueda pronunciarse, no sólo debe mediar un recurso válido, sino que él debe ser presentado por parte legítima, esto es, aquélla que padezca un perjuicio o invoque un agravio y persevere en el recurso.

En otros términos, la apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable, tanto que una alzada propuesta contra una decisión que de ninguna manera agravia, tendría que ser declarada desierta por falta de interés para recurrir, pues tal falta afecta la legitimación en la causa. Por tanto, tratándose de apelante único, esto es, de un único interés (o de múltiples intereses no confrontados), no se puede empeorar la situación del apelante, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, que no fue transferida para el conocimiento del superior funcional.

Por último, valga mencionar que el principio opera sólo en favor del imputado, y no de los demás sujetos procesales; por eso, aunque el condenado no recurra y la sentencia sólo sea apelada por la parte acusatoria, el Ministerio Público o la parte civil, el juez de segundo grado debe dictar sentencia absolutoria si encuentra que el hecho no constituye delito o no existe certeza sobre la existencia del mismo o sobre la responsabilidad del procesado.

En nuestro ordenamiento la garantía de la no “reformatio in pejus” ha sido constitucionalizada, y su elevación a ese rango es congruente con la adopción del sistema penal acusatorio, cuya esencia radica en separar las funciones de acusación y juzgamiento, para colocar en cabeza del Ministerio Fiscal la titularidad de la primera (art. 250 de la Carta), y en esa medida convertir al juez en un tercero independiente, desligado de muchas de las funciones que oficiosamente debía cumplir en el sistema inquisitivo anterior; por ello se le entrega a la Fiscalía General de la Nación la “carga de la prueba” y la responsabilidad de representar durante la etapa del juicio el interés del Estado en que se castigue al delincuente. Por este camino resulta cierto que frente a un fallo de contenidos ilegales,

cuando el mismo parece tocar los intereses legítimos del Estado o de la sociedad, la impugnación del mismo corresponde, a través del recurso de apelación o de casación, al Fiscal y al Ministerio Público; pero toda esa estructura, se destruye cuando el fallador, de oficio, se da a la tarea de suplir las omisiones de aquéllos.

La no interposición oportuna del recurso de apelación por el Fiscal o el Ministerio Público, revelan la conformidad del titular de la pretensión punitiva con los términos del fallo, e implican la preclusión de la oportunidad que el Estado tenía de revisar su propio acto.

Si el procesado se abstiene de recurrir la decisión o desiste del recurso interpuesto, tal como se lo permite el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, ante la ausencia de impugnación de los demás sujetos procesales, la sentencia de primera instancia, aún con todos los vicios de que se la pueda acusar, hace tránsito a cosa juzgada, sólo alterable o anulable con la interposición de la acción de revisión, que opera frente a causales muy específicas y sólo cuando se trata de sentencias condenatorias, con el objeto de favorecer al reo que ha sido ilegalmente sancionado.

Ni siquiera cabe argüir, en el plano de la conveniencia, que la interpretación prohijada por la Corte en el caso subjudice es propiciatoria de impunidad, pues 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.

2.2. Competencia restringida del ad quem.

Si el juez de segundo grado adquiere competencia sólo en función del recurso interpuesto por el procesado y sólo para revisar la providencia en los aspectos en que pueda serle desfavorable (tal como se desprende del precepto constitucional) no puede so pretexto de que ha encontrado alguna irregularidad en el proceso o en la sentencia, cuya enmienda conduce a un empeoramiento de la situación del apelante, declararla si tal empeoramiento fatalmente habrá de producirse. Eso equivaldría ni más ni menos, que a encubrir la violación de la norma superior. Tal es lo que ocurre en el caso a estudio. Decretar la nulidad

arguyendo que la pena impuesta no es la que corresponde porque la pertinente es la contemplada en otra norma, que la ha aumentado de manera considerable, equivale a agravar la situación del condenado, en contravía de lo que la Constitución dispone.

“Artículo 217 (modificado por el art. 34 de la Ley 81 de 1993). Competencia del superior. La consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia o la parte pertinente de ella; la apelación le permite revisar únicamente los aspectos impugnados. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá en caso alguno agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal o el agente del Ministerio público o la parte civil cuando tuviere interés para ello, la hubieren recurrido” (subrayas y negrilla fuera del texto).

2.3. Legalidad de las decisiones judiciales.

Aducir que la nulidad se justifica por haberse violado el principio de la legalidad de la pena es un argumento inaceptable. Porque la pena impuesta no es gratuita ni caprichosa, ni ha sido creación arbitraria del juez. Simplemente el juez de primera instancia ha basado su decisión en una norma distinta a la que juzga pertinente el ad quem y, por ende, a juicio de éste ha cometido un error. Pero resulta que los recursos son mecanismos tendentes a eliminar errores, pero errores que el juez de segunda instancia pueda jurídicamente enmendar. Es decir, para cuya enmienda tenga competencia. Y en un caso como el subjúdice tal funcionario tiene su competencia expresamente limitada por la norma constitucional. Si el a quo incurrió en un error y el Estado, por intermedio del Ministerio Fiscal, no lo consideró tal o fue negligente en el ejercicio de su función, tal apreciación u omisión no puede subsanarla el ad quem mediante el desconocimiento de una garantía consagrada en la Carta y no sujeta a condición.

En la Sentencia No. C-055 de febrero 18 de 1993, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, la Corte puntualizó al respecto:

“La norma plasmada en el segundo inciso del texto constitucional 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”.

2.4. El debido proceso.

Se trata de un juego limpio -que, en el fondo, tal es el debido proceso-que ninguna de las partes puede infringir y mucho menos el Estado a cuyo cargo está la guarda de la garantía.

Hay oportunidades y mecanismos adecuados para enmendar errores. Su enmienda, así se juzgue de alta conveniencia, no puede tener lugar en cualquier momento y bajo cualquier condición que la norma superior no haya previsto. Porque lo que se juzga un interés general no puede sacarse avante por encima de la propia normatividad que lo consagra y delimita.

Proceder de ese modo, sería subrogar la voluntad del funcionario a la Constitución y, por ende, destruir el Estado de Derecho en beneficio de intereses de ocasión, así se juzguen de la más alta estirpe.

2.5. La congruencia.

Si el juez ad quem encuentra que en la sentencia de primer grado se consideran, en perjuicio del procesado, circunstancias agravantes que no habían sido señaladas en la resolución de acusación, y -una vez más- el condenado ha sido el único apelante, debe prescindir de ellas así la pena resulte aún más benigna que la impuesta por el a quo, adecuando directamente la sentencia.

Al respecto, la Corte también fijó su doctrina en la Sentencia No. T-474 de 1992, citada anteriormente; en esa oportunidad, dijo:

“En este marco de referencia deben evaluarse las tesis antagónicas de la jurisprudencia penal. La doctrina que no reconoce la obligación – cuya violación entraña nulidad constitucional – de mencionar expresamente en todos los casos las circunstancias específicas de agravación punitiva en el pliego de cargos, no se ajusta a las previsiones de la Constitución. En atención a los efectos de un mayor o menor término de privación de la libertad, a la necesidad de una adecuada y explícita información sobre los cargos que se le imputan a un sindicado para hacer operar en toda su magnitud la presunción de inocencia y a la carga probatoria en cabeza de la parte acusadora, la exigencia de hacer explícitas las circunstancias específicas de agravación en el auto o resolución de acusación es la más acorde con las garantías sustanciales y procesales consignadas en el artículo 29 de la

Constitución, al permitir que el sindicato, con la asistencia de su abogado, planee y ejecute autónoma e integralmente su defensa”.

“En el caso sub-examine, se ha vulnerado el derecho de defensa del peticionario por la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de condenar al procesado a una pena mayor a la impuesta inicialmente a pesar de que en primera instancia expresamente se afirmó por parte del juez que no se hacía referencia a las circunstancias de agravación punitiva ‘por cuanto en el auto de proceder éstos no fueron formulados, luego la condenación no estaría en consonancia con los cargos enunciados en el llamamiento a juicio’”.

“La decisión de la Sala de Casación Penal de hacer concurrir con el delito de estafa las circunstancias típicas de agravación (art. 372-1 C. Penal), ‘no obstante no haber sido deducida en el auto de proceder, por su objetividad evidente y no cuestionamiento en el desarrollo de la causa’ – en palabras de la misma Corporación –, vulneró el derecho fundamental del debido proceso al haber afectado las posibilidades y alternativas de defensa del inculcado. No es de modo alguno descartable que el no cuestionamiento en el desarrollo de la causa de la circunstancia específica de agravación endilgada pudo obedecer precisamente a su no inclusión en el auto de llamamiento a juicio proferido por el Juzgado Octavo Superior de Bogotá. La ‘evidencia y objetividad’ de los hechos constitutivos de las causales específicas de agravación no son criterios suficientes para relevar al Estado de su obligación de demostrar su ocurrencia, ni camino para trasladar, de manera sutil, la carga probatoria al sindicato. Su no inclusión en el pliego de cargos libera al procesado de toda obligación de defensa, respecto a los mismos, por lo que resulta desproporcionado y sorpresivo finalmente condenarlo por el descuido o negligencia del Estado al configurar y formalizar la acusación. Cabe aquí señalar que las reglas del derecho procesal representan el precio que se debe pagar por vivir en un estado democrático de derecho. El Estado no puede (...) investigar la verdad a cualquier precio. Tiene que autolimitarse en lo que se denomina ejercicio de la función jurisdiccional, es decir, en la aplicación del derecho penal en un juicio ordenado penalmente, con el fin de no ‘igualarse’ al delincuente, no caer en la barbarie, demostrando al público que él va a enjuiciar objetiva e imparcialmente”.¹

En consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia se ordenará al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó que, partiendo de la cuantificación de la pena hecha por el Juez

Penal del Circuito de Istmina, descuenta lo correspondiente a los aumentos derivados de los agravantes no invocados en la resolución de acusación, así la pena resulte más benigna que la impuesta en primera instancia.

6. LA DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE LA “REFORMATIO IN PEJUS”.

Se puede exponer esta doctrina acudiendo a las Sentencias T-413 de junio 5 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón; T-474 de julio 29 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; C-055 de febrero 18 de 1993, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo; T-237 de junio 23 de 1993, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía; T-575 de diciembre 10 de 1993, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; T-596 de diciembre 15 de 1993, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; T-099 de marzo 7 de 1994, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía; T-231 de mayo 13 de 1994, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; T-289 de junio 21 de 1994, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara; C-365 de agosto 18 de 1994, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo; T-146 del 3 de abril de 1995, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa; y T-155 de abril 6 de 1995, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

La Corte en Sala Plena, y a través de sus Salas de Revisión, ha definido en esos fallos el alcance de las garantías consagradas en el artículo 31 de la Constitución, y ha establecido una doctrina uniforme sobre ellas, salvo por lo decidido en las Sentencias T-146 y T-155 ambas de 1995. Se presenta contradicción entre éstas y los anteriores fallos de la Corte, porque:

Si la apelación y las pretensiones que ella involucra, suscitan y limitan la competencia del superior (Sentencias T-474/92 y C-365/94), y si el sistema acusatorio y la no reformatio in pejus imponen al superior la prohibición de actuar ex-officio y le circunscriben a hacerlo sólo con carácter dispositivo (Sentencia T-474/92), entonces éste es incompetente para pronunciarse sobre la legalidad de la pena impuesta al apelante único, cuando el punto no haya sido objeto del recurso (véase también la Sentencia T-413/92).

En contra de lo indicado en la Sentencia T-474/92, en la Sentencia T-155 de 1995 se privilegia el derecho procesal en lugar del sustancial, al darle una interpretación simplemente formal al alcance de los derechos fundamentales, con el paradójico resultado de sacrificar el derecho a la libertad, en aras de proteger el principio de legalidad de la pena, establecido

precisamente como garantía para el condenado y no en su contra.

Las Sentencias T-146 y T-155 de 1995 invierten totalmente el sentido de la doctrina establecida por la Sala Plena en la Sentencia C-055/93, al juzgar que así el condenado sea apelante único, su interés en la revocación o disminución de la pena debe ceder ante el del Estado en la agravación de la misma.

Según la doctrina fijada por la Sala Plena en la Sentencia C-055/93, no se viola el derecho al debido proceso cuando la ley permite al superior poner en conocimiento de la parte afectada o decretar oficiosamente, la existencia de una nulidad que detecte al conocer de la apelación de un auto “en cualquier momento antes de dictar sentencia”, porque al hacerlo en esa oportunidad, se da a las partes -art. 145 C.P.C.2- la ocasión de alegarla, controvertirla, o sanearla; es decir, se les permite el ejercicio del derecho de defensa. Sin citar respaldo normativo, y en contra de lo establecido en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal -ver su transcripción en el aparte 2.2.-, los fallos T-146 y T-155 de 1995 autorizan al superior a declarar oficiosamente la nulidad de la pena al momento de conocer de la apelación de la sentencia interpuesta por el condenado como apelante único, así el asunto no haya sido objeto del recurso, sin parar mientes en que de esa manera, la parte afectada por la decisión del superior resulta perjudicada, y no puede ejercer su derecho de defensa.

Con la aplicación de las Sentencias T-146 y T-155 de 1995, el intérprete anula los límites impuestos por el Constituyente de 1991 al ejercicio del poder punitivo del Estado con la consagración de la no reformatio in pejus y el non bis in idem (Sentencia T-575/93).

Por estas razones, la Corte expresamente desecha la doctrina contenida en las Sentencias T-146 y T-155 de 1995, y acoge como suya la que se encuentra en las consideraciones de esta providencia.

7. PROCEDENCIA DE LA TUTELA.

Es procedente la tutela contra el auto del Tribunal de Quibdó que dispuso la nulidad del proceso con el fin de que el a-quo aplicara la pena contemplada en la Ley 40 de 1993 y no la prevista en los artículos 323 y 324 del Código Penal, pues ese camino conduce a un inexorable empeoramiento de la situación de los apelantes, lo que se traduce en un desconocimiento flagrante de la garantía constitucional contenida en el artículo 31 Superior

y, por ende, la providencia judicial constituye una auténtica vía de hecho.

En la revisión del fallo de instancia, la Corte no puede ignorar que una de las razones por las cuales se negó la tutela es que los actores cuentan con la posibilidad de acudir a la casación, lo cual impide otorgar el amparo solicitado.

Sin embargo, "...la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante" (Art. 6 num. 1 del Decreto 2591 de 1991). Así, ha de juzgarse si la casación es tanto o más eficaz que la tutela para la protección efectiva del derecho vulnerado a los actores en este caso.

Las circunstancias en las que se encuentran los demandantes son éstas: fueron condenados, interpusieron el recurso como apelantes únicos, y el superior ordenó modificarles la pena en forma fatalmente gravosa, violando la garantía constitucional del artículo 31 con base en una doctrina elaborada y reiterada hasta hacerla doctrina probable por la Corte Suprema de Justicia, que conocería de la casación.

Aplicando el principio de interpretación constitucional indicado en la Sentencia T-474/92 (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), es indudable que la tutela procede en este caso, pues: "La prevalencia de la parte dogmática sobre la parte orgánica de la Constitución involucra el principio de la interpretación más favorable para los derechos fundamentales. La interpretación conforme a la Constitución se traduce, en materia penal, en la limitación de las facultades y del poder punitivo del Estado, en el grado y en la extensión necesarios a fin de garantizar el debido proceso y los demás derechos constitucionales que la Carta consagra en favor de los procesados".

Teniendo en cuenta que es función de la Corte la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y que en cumplimiento de esa función se hace necesario insistir en su doctrina sobre el alcance de la prohibición de la "reformatio in pejus" a fin de contrarrestar la persistencia de la jurisprudencia que niega los efectos jurídicos de la consagración constitucional de esa prohibición -incluso corrigiendo su reaparición en los fallos de dos de sus Salas de Revisión, como se estableció en la consideración anterior-, procede otorgar la tutela solicitada por los señores Gabriel González Mosquera y Alexis Lisalda Moreno.

En el caso concreto, existe certidumbre sobre la ineficacia del recurso de casación, por la razón anotada (es la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema la que ha sentado la doctrina sobre la violación del principio de legalidad como excepción a la garantía del artículo 31). Pero puede agregarse un motivo adicional: si hay discrepancia sobre el sentido de una norma constitucional, entre el juez ordinario (dentro del cual, para estos efectos, hay que incluir al 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” en los siguientes términos:

“b. La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen³ al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley”.

“Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley”.

“Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)”

DECISIÓN

En mérito de la consideraciones que anteceden, la Corte Cosntitucional, en nombre del

Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. Revocar la sentencia del Juez Sexto Penal del Circuito de Palmira -Valle del Cauca-, del 15 de diciembre de 1994, en la que se denegó por improcedente la tutela impetrada por Gabriel González Mosquera y Alexis Lisalda Moreno.

SEGUNDO. Tutelar en su lugar, el derecho al debido proceso de los señores González Mosquera y Lisalda Moreno, que fue violado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó y el Juez Penal del Circuito de Istmina -Chocó-, según se expuso en la parte motiva de esta providencia, al infringir la prohibición de la reformatio in pejus.

TERCERO. Declarar que son nulos por violación de los artículos 2, 4, 29 y 31 de la Constitución Política, el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó el 17 de mayo de 1994 -por el cual se empeoró la situación de los apelantes únicos al decretar la nulidad del fallo apelado-, y las sentencias del Juez Penal del Circuito de Istmina del 2 de junio de 1994 -en la que acogió lo dispuesto por el superior-, y la expedida por dicho Tribunal Superior el 9 de agosto del mismo año -en la que confirma la anterior-.

CUARTO. Ordenar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó que, al resolver el recurso interpuesto por los señores González Mosquera y Lisalda Moreno como apelantes únicos, confirme la pena impuesta por el Juez Penal del Circuito de Istmina en primera instancia, limitándose a hacer las reducciones correspondientes a los aumentos derivados de los agravantes no invocados en la resolución de acusación, y a adecuar la duración de las penas accesorias a los máximos legales.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase, e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia No. SU-327/95

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

la acción de tutela no es procedente, en general, para invalidar sentencias condenatorias dictadas en procesos penales, cuando supuestamente se haya desconocido la prohibición de la reformatio in pejus; y que en este caso, en particular, no se vulneró por el juez penal el artículo 31 de la Constitución que consagra la mencionada prohibición. Este salvamento de voto no implica el desconocimiento de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución. No: únicamente se afirma que tal prohibición no obliga cuando el inferior no fija la pena basándose en la ley preexistente, es decir, cuando viola el principio de legalidad de la pena.

SENTENCIA PENAL-Ley inexistente (Salvamento de voto)

La sentencia se había dictado con base en ley inexistente, y no en ley preexistente como lo manda el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución. Por eso, y por otras razones que no vienen al caso, decretó la nulidad de la sentencia, y ordenó, como era lógico, reponer la actuación anulada. Cuando el juez de primera instancia impone una pena basándose en una ley inexistente, quebranta ostensiblemente los artículos 230, inciso primero, y 29, inciso segundo, de la Constitución. Viola, en síntesis, el debido proceso.

DEBIDO PROCESO-Vulneración por ley inexistente (Salvamento de voto)

Sostener que el quebrantamiento del debido proceso en que ha incurrido el juez que fija la pena con base en ley inexistente, crea una situación invulnerable en favor del condenado en primera instancia, es afirmar, palabras más, palabras menos: “Como el juez ha violado la ley, pues no ha aplicado la ley preexistente, la ley vigente, sino la INEXISTENTE, la que solamente existe para él, y por lo mismo ha violado la Constitución, concretamente el debido proceso y la sujeción al imperio de la ley, esas violaciones me amparan”. El condenado, de conformidad con esta teoría, está en una situación invulnerable, creada ¡oh paradoja! no por la observancia de la ley, sino por su desconocimiento.

NULIDAD PROCESAL-Alcance en penal (Salvamento de voto)

No es, en consecuencia, exacta la afirmación de que el ad quem solamente puede decretar nulidades que favorezcan al condenado que fue apelante único. Esta teoría, conduce a sostener que al dictar la nueva sentencia en reemplazo de la anulada, el a quo ya no está sometido al imperio de la ley, sino a la voluntad de su superior inmediato. Y que si en la

primera sentencia quebrantó la Constitución y la ley, ahora deberá nuevamente quebrantarlas. Al decretarse la nulidad de la sentencia, según los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Penal, el juez de primera instancia tiene que dictar nuevamente otra sentencia, con sujeción al imperio de la ley. Y en relación con esta segunda instancia, si es apelada, se aplica la prohibición de la reformatio in pejus. Lo dicho permite concluir que en este caso no se había violado la prohibición establecida por el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución, pues éste hay que interpretarlo en armonía con los artículos 29, inciso segundo, y 230, inciso primero.

RECURSO DE CASACION PENAL-Procedencia (Salvamento de voto)

La acción de tutela es improcedente siempre, cuando se alega la violación de la referida prohibición, por existir otro medio de defensa judicial. ¿Cuál es ese medio? EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. Existiendo, pues, el recurso extraordinario de casación, a él han debido acudir los condenados, y no a la acción de tutela. Lo que se ha hecho, sin ocultarlo, es arrebatar su competencia a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Desde ahora, los condenados penalmente sabrán que contra la sentencia pueden ejercer, a su arbitrio, la acción de tutela o el recurso extraordinario de casación.

Referencia: Expediente T-60.443

Actores: Gabriel González Mosquera y Alexis Lisalda Moreno.

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Bogotá, D.C., julio 27 de 1995.

Con el respeto de siempre, exponemos las razones que tenemos para disentir de la sentencia de la referencia. Estas razones, en síntesis, conducen a sostener que la acción de tutela no es procedente, en general, para invalidar sentencias condenatorias dictadas en procesos penales, cuando supuestamente se haya desconocido la prohibición de la reformatio in pejus; y que en este caso, en particular, no se vulneró por el juez penal el artículo 31 de la Constitución que consagra la mencionada prohibición.

Antes de exponer tales razones, hay que advertir que este salvamento de voto no implica el desconocimiento de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 31 de la

Constitución. No: únicamente se afirma que tal prohibición no obliga cuando el inferior no fija la pena basándose en la ley preexistente, es decir, cuando viola el principio de legalidad de la pena.

Primera.- Por qué la sentencia que se dicta con base en una ley que no ha existido, o que fue derogada o declarada inexecutable, quebranta el debido proceso.

En el presente caso, el juez que conoció de la apelación interpuesta por los condenados contra la sentencia de primera instancia, encontró que la pena se había señalado basándose en una ley ya derogada cuando el delito se cometió, y no con base en la ley nueva y vigente.

En resumen, que la sentencia se había dictado con base en ley inexistente, y no en ley preexistente como lo manda el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución. Por eso, y por otras razones que no vienen al caso, decretó la nulidad de la sentencia, y ordenó, como era lógico, reponer la actuación anulada.

Los hechos brevemente narrados, hacen necesario estudiar los artículos 230 y 29 de la Constitución, y los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Penal.

EL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 230 DE LA CONSTITUCION Y EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 29 DE LA MISMA.

Dispone el inciso primero del artículo 230 de la Constitución: “Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”. Esto implica que los jueces tienen que aplicar en sus providencias la ley, y sólo la ley. Y no una ley imaginaria, sino la ley vigente.

En concordancia con esta norma, dispone el artículo 29 de la misma Constitución, en su inciso segundo:

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Pues bien: la ley a cuyo imperio está sometido el juez según el artículo 230, no es una ley que él se imagina, que solamente está vigente en su mente: no, es la ley preexistente al acto que se imputa al procesado, según el art. 29, ley realmente vigente.

Por esta razón, cuando el juez de primera instancia impone una pena basándose en una ley inexistente, quebranta ostensiblemente los artículos 230, inciso primero, y 29, inciso segundo, de la Constitución. Viola, en síntesis, el debido proceso.

Sostener lo contrario, implicaría que la sola imaginación del juez derogaría, en el caso concreto, los artículos 230 y 29. Así, la ley imaginada, o soñada, se convertiría, por una interpretación errónea del artículo 31 de la Constitución, en “ley preexistente”. ¿Preexistente, si nunca existió? ¿Preexistente, si cuando acaeció el hecho que se juzga ya había sido derogada o declarada inexecutable?

En la sentencia cuyos motivos y decisión no compartimos, se dice: “Aducir que la nulidad se justifica por haberse violado el principio de la legalidad de la pena es un argumento inaceptable. Porque la pena impuesta no es gratuita ni caprichosa, ni ha sido creación arbitraria del juez”. Pero no se explica por qué esa LEY INEXISTENTE, o que solamente está vigente en la mente del juez, no es, precisamente, “gratuita ni caprichosa ni ha sido creación arbitraria del juez”. Extraña manera de razonar: como por ensalmo, una afirmación no demostrada, y que contradice la Constitución, se convierte en un axioma. Y quien lea la sentencia se queda sin saber cómo cada juez puede aplicar su propia ley, la que él imagina, haciendo a un lado la ley preexistente, la ley vigente en Colombia.

Queda claro, pues, que cuando el juez de primera instancia impone una pena con base en una ley inexistente, quebranta el debido proceso (art. 29 C.P.) y, por lo mismo, el art. 230, también de la Constitución.

Segunda.- La prohibición de agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único, y el principio de la legalidad de la pena (artículos 31, inciso segundo, 29 y 230 de la C.P.).

El inciso segundo del artículo 31 de la Constitución dispone:

“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

Esta prohibición rige cuando, de conformidad con los artículos 29 y 230, el juez de primera instancia ha impuesto la pena basado en la ley, es decir, en la ley preexistente. Es el principio de la legalidad de la pena.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al decidir recursos extraordinarios de casación, ha definido cómo se aplica la prohibición de la reformatio in pejus en concordancia con los artículos 29 y 230 que consagran el principio de la legalidad de la pena. En sentencia de octubre 26 de 1994, con ponencia del magistrado Edgar Saavedra Rojas, expuso:

“Se ha dicho con razón que no pueden darse normas contradictorias de carácter constitucional, y por lo mismo no puede existir jerarquía entre ellas, es decir que se diesen normas más importantes que las otras; es por ello que cuando se llegare a presentar un aparente conflicto de normas constitucionales, el aplicador de la ley debe interpretarlas de tal manera que les de la justa y armoniosa apreciación que necesita el texto de la Carta Política para mantener su integridad ideológica y su unidad.

“El texto constitucional se convierte así, por el principio de legalidad en una garantía para el ciudadano en cuanto a que el legislador no podrá imponer penas de las que han sido excluidas por el texto constitucional y para los funcionarios judiciales que ejercen la represión la garantía al ciudadano que no se le podrán imponer penas por fuera de los límites temporales establecidos en la ley.

“Es por ello que este principio y el de la reformatio in pejus deben ser conciliados en su interpretación, en el sentido de que los jueces jerárquicamente superiores se encuentran impedidos para agravar la pena impuesta en primera instancia, pero siempre y cuando ella se haya ajustado al principio constitucional de la legalidad, porque es obvio que los jueces dentro del principio también constitucional de la independencia, según el cual solo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley, al tasar las penas necesariamente debe cumplirse esta función dentro de los parámetros señalados por tal normatividad, es decir que teniendo en cuenta las diversas circunstancias de atenuación y agravación punitiva, y es claro que bajo ninguna circunstancia se podrán deducir penas por debajo del mínimo legal o por encima del máximo legal.

“Por ello, cuando el superior jerárquico advierte que se impuso una pena inexistente, se dedujo una de las prohibidas constitucionalmente, 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.

“No existe contradicción, ni puede darse entre los principios constitucionales que se estudian porque, está sobreentendido que la *reformatio in pejus* como imposibilidad de agravar la sanción impuesta en primera instancia cuando se trate de apelante único, tiene aplicabilidad siempre y cuando el fallo se ajuste a la realidad constitucional y legal; lo contrario nos llevaría a la inaudita conclusión de que la fuerza de la sentencia de primera instancia sería de tal naturaleza que quedaría por encima de la Constitución y de la ley, porque a pesar de imponer una pena desconociendo el mínimo legal, los superiores jerárquicos estarían imposibilitados para hacer los ajustes necesarios exigidos por el principio constitucional de la legalidad.

“No comparte la Sala la afirmación de su Delegado en el sentido de que se desconoció el principio del debido proceso, precisamente porque el primer fundamento de éste es la legalidad de los delitos y de las penas y mal podría estimarse violatoria del principio, la decisión de un superior que corrige los yerros inconstitucionales e ilegales en que pudiera haber incurrido el funcionario de primera instancia”.

El principio de la legalidad de la pena, y, en general, el debido proceso, en materia penal, no se han establecido, como parecen creer algunos, solamente en favor de quienes son juzgados por haber quebrantado las normas penales. No: si el sindicado tiene derecho a que se le juzgue “conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, el Estado tiene el derecho y la obligación de juzgarlo conforme a esas mismas leyes. Como se dice en la sentencia de la cual hemos disentido, “... ahora el Estado es parte, en el sentido exacto del término, pues su interés se cifra en que se condene a quien se le ha deducido culpa y que la condena sea justa”.

Entre paréntesis, ¿cómo puede afirmarse que una condena es justa cuando se funda en ley inexistente, en ley que sólo está vigente en la mente del juez?

Sostener que el quebrantamiento del debido proceso en que ha incurrido el juez que fija la pena con base en ley inexistente, crea una situación invulnerable en favor del condenado en primera instancia, es afirmar, palabras más, palabras menos: “Como el juez ha violado la ley, pues no ha aplicado la ley preexistente, la ley vigente, sino la INEXISTENTE, la que solamente

existe para él, y por lo mismo ha violado la Constitución, concretamente el debido proceso y la sujeción al imperio de la ley, esas violaciones me amparan". El condenado, de conformidad con esta teoría, está en una situación invulnerable, creada ¡oh paradoja! no por la observancia de la ley, sino por su desconocimiento.

Tercera.- La declaración oficiosa de nulidad por el funcionario judicial que conoce de un proceso.

El artículo 304 del Código de Procedimiento Penal consagra como causal de nulidad, entre otras, "La comprobada existencia de irregularidades que afecten el debido proceso".

Y el artículo 305 del mismo Código, establece:

"Cuando el funcionario judicial advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal, y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo para que se subsane el defecto".

¿Cuál puede ser una de las "irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso"? Evidentemente, el violar la ley preexistente que establece una pena, al no aplicarla, e imponer en su lugar una pena que solamente se contempla en la LEY INEXISTENTE.

En la sentencia de la cual discrepamos, se sienta la tesis contraria, basándose en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, según el cual "cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá en caso alguno agravar la pena impuesta...". Pero se olvida que cuando el juez de segunda instancia decreta la nulidad de la sentencia, no está agravando la pena impuesta por el inferior. Por el contrario: la sentencia de primera instancia declarada nula, pierde su validez, y por ello el ad quem ordena "que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo para que se subsane el defecto".

Declarada la nulidad de la sentencia, el juez de primera instancia, al dictar la de reemplazo, no tiene límite ninguno: él falla teniendo en cuenta solamente la ley y los hechos demostrados en el proceso. Y podría, si ello se justifica, llegar a absolver.

No es, en consecuencia, exacta la afirmación de que el ad quem solamente puede decretar nulidades que favorezcan al condenado que fue apelante único. Esta teoría, conduce a

sostener que al dictar la nueva sentencia en reemplazo de la anulada, el a quo ya no está sometido al imperio de la ley, sino a la voluntad de su superior inmediato. Y que si en la primera sentencia quebrantó la Constitución y la ley, ahora deberá nuevamente quebrantarlas.

En conclusión: al decretarse la nulidad de la sentencia, según los artículos 304 y 305 del Código de Procedimiento Penal, el juez de primera instancia tiene que dictar nuevamente otra sentencia, con sujeción al imperio de la ley. Y en relación con esta segunda instancia, si es apelada, se aplica la prohibición de la reformatio in pejus.

Todo lo dicho permite concluir que en este caso no se había violado la prohibición establecida por el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución, pues éste hay que interpretarlo en armonía con los artículos 29, inciso segundo, y 230, inciso primero.

Cuarta.- La existencia de otro medio de defensa judicial: el recurso extraordinario de casación.

Se ha visto ya cómo en el caso materia de estudio no se violó el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución, y por lo tanto no era procedente la acción de tutela.

Pero, como se anunció al comienzo de este escrito, la acción de tutela es improcedente siempre, cuando se alega la violación de la referida prohibición, por existir otro medio de defensa judicial. ¿Cuál es ese medio? EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. Si bien éste solamente procede, en principio, contra las sentencias señaladas en el inciso primero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el inciso tercero del mismo artículo extiende el recurso a todas las sentencias dictadas en procesos penales, así:

“De manera excepcional la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede aceptar un recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, a solicitud del procurador, de su delegado, o del defensor, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales”.

Obsérvese que la violación de la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución, está expresamente prevista en la parte final del inciso: “...la garantía de los derechos fundamentales”.

Además, cuando se quebranta la prohibición de la reformatio in pejus, también se da la causal de casación prevista en el numeral 1 del artículo 220 del C. de P.P.: “Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial”. Es evidente que el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución, es norma de derecho sustancial.

Existiendo, pues, el recurso extraordinario de casación, a él han debido acudir los condenados, y no a la acción de tutela.

Pero, ¿por qué rechaza la sentencia de la cual nos apartamos, esta posibilidad? La respuesta está en la misma sentencia: porque la Sala de Casación Penal, única competente para conocer del recurso de casación, posiblemente no casaría la segunda sentencia que impuso la pena con base en la ley preexistente. Así se reconoce sin ningún recato:

“Las circunstancias en las que se encuentran los demandantes son éstas: fueron condenados, interpusieron el recurso como apelantes únicos, y el superior ordenó modificarles la pena en forma fatalmente gravosa, violando la garantía constitucional del artículo 31 con base en una doctrina elaborada y reiterada hasta hacerla doctrina probable por la Corte Suprema de Justicia, que conocería de la casación y de la revisión”.

Y más adelante se agrega, refiriéndose al párrafo transcrito:

“En el caso concreto, existe certidumbre sobre la ineficacia del recurso de casación, por la razón anotada (es la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema la que ha sentado la doctrina sobre la violación del principio de legalidad como excepción a la garantía del artículo 31)”.

Lo que se ha hecho, sin ocultarlo, es arrebatar su competencia a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Desde ahora, los condenados penalmente sabrán que contra la sentencia pueden ejercer, a su arbitrio, la acción de tutela o el recurso extraordinario de casación.

Con una ventaja para los condenados: si el recurso extraordinario de casación debe interponerse dentro de un término (art. 223 del C. de P.P.), y con base en unas causales, la acción de tutela puede ejercerse contra la sentencia en cualquier época, por cualquier motivo, y ante cualquier juez. Por ejemplo, ¿qué impediría, de conformidad con la

jurisprudencia que ha fijado la Corte Constitucional, que la sentencia de casación que en este salvamento de voto se ha citado, fuera mañana revocada por cualquier juez, alegando que en ella se desconoció la prohibición de la reformatio in pejus?

En lo relativo a la justicia penal, ¡quién lo creyera!, la Corte Suprema de Justicia ha dejado de ser, por obra y gracia de una acción de tutela, “el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria”. (art. 243 C.P.).

Siguiendo la novísima jurisprudencia, bastará alegar que el juez o tribunal competente, aplicando la Constitución y la ley, pero dándoles una interpretación contraria a la que favorece al interesado, fallará en contra de las pretensiones de éste, para acudir a la acción de tutela, nuevo bálsamo de Fierabrás jurídico.

Quinta.- Comentario sobre una afirmación.

En la sentencia se afirma:

“Si el Ministerio Fiscal – que es quien representa al Estado como parte- no impugna una providencia eso significa que la juzga ajustada a derecho”.

Por las consecuencias que de esta afirmación se sacan, es menester no pasarla por alto. ¿Por qué se le asigna a la omisión en que incurra un fiscal ignorante, negligente o de mala fe, el milagroso poder de destruir la Constitución y la ley? ¿Por qué el incumplimiento de su deber aniquila la ley? ¿Qué ley consagró esta norma? ¡A dónde lleva esto del derecho nuevo! Siguiéndolo, “... plega a Dios que no demos con nuestra sepultura...”

Sexta.- Algunas observaciones sobre la cita de las sentencias de la Corte sobre la reformatio in pejus.

En la página 13 de la sentencia en relación con la cual salvamos el voto, se citan algunas sentencias de la Corte Constitucional, y se dice que la Corte “ha definido en sus fallos el alcance de las garantías consagradas en el artículo 31 de la Constitución, y ha establecido una doctrina uniforme sobre ellas, salvo por lo decidido en las sentencias T-146 y T-155 ambas de 1995. Se presenta contradicción entre éstas y los anteriores fallos de la Corte, porque:

“Si la apelación y las pretensiones que ella involucra, suscitan y limitan la competencia del superior (sentencias T-474/92 y C-365/94), y si el sistema acusatorio y la no reformatio in pejus imponen al superior la prohibición de actuar ex-officio y le circunscriben a hacerlo sólo con carácter dispositivo (sentencia T-474/92), entonces éste es incompetente para pronunciarse sobre la legalidad de la pena impuesta al apelante único, cuando el punto no haya sido objeto del recurso (véase también la sentencia T-413/92).

“En contra de lo indicado en la sentencia T-474/92, en la sentencia T-155 de 1995 se privilegia el derecho procesal en lugar del sustancial, al darle una interpretación simplemente formal al alcance de los derechos fundamentales, con el paradójico resultado de sacrificar el derecho a la libertad, en aras de proteger el principio de legalidad de la pena, establecido precisamente como garantía para el condenado y no en su contra.

“Las sentencias T-146 y T-155 de 1995 invierten totalmente el sentido de la doctrina establecida por la Sala Plena en la sentencia C-055/93, al juzgar que así el condenado sea apelante único, su interés en la revocación o disminución de la pena debe ceder ante el del Estado en la agravación de la misma”.

Pues bien: la manera como se presenta la jurisprudencia, lleva a pensar que siempre la Corte Constitucional ha sostenido la tesis de que el juez penal no está sujeto al principio de la legalidad de la pena, y que él puede fijar la que quiera, a su arbitrio, señalamiento que está amparado por la prohibición de la reformatio in pejus cuando el condenado es apelante único (art. 31, inciso segundo, C.P.)

La realidad, sin embargo, es diferente. Basta examinar los fallos enumerados, para demostrarlo.

Comenzando por las sentencias T-237 de junio 23 de 1993, y T-99 de marzo 7 de 1994, (Magistrado ponente Jorge Arango Mejía), hay que anotar que ellas ni siquiera se refieren al tema de la presente sentencia.

La T-237 contiene una referencia a la reformatio in pejus, no en materia penal, sino en la acción de tutela, para concluir que “el ad quem, cuando se trata de derechos fundamentales objeto de tutela, puede revocar la decisión en su integridad, no sólo en lo que le fue desfavorable al apelante único”. Y allí se cita la sentencia T-138 de abril 16 de 1993, en la

cual, sobre este último tema, se dijo: "... considera esta Sala que la figura de la reformatio in pejus no tiene operancia cuando el juzgador de la segunda instancia revisa la decisión del a quo ni cuando la correspondiente Sala de Revisión de la Corte Constitucional efectúa la revisión ordenada por el artículo 86, inciso 2o."

Y en la sentencia T-099/94. también sobre el tema de la inexistencia de la prohibición de la reformatio in pejus en el proceso de tutela, se escribió:

"Además, como reiteradamente lo ha dicho esta Corte, las decisiones de los jueces de tutela respecto de las impugnaciones de los fallos de primera instancia, no están sujetas al principio de la no reformatio in pejus. En consecuencia, el campo de estudio de la impugnación por el ad quem, como quiera que abarca todo el derecho, es de una amplitud que no sólo favorece al apelante único, sino a todas las partes".

La sentencia T-596 de diciembre 15 de 1993, (Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), también se refiere a la improcedencia de la prohibición de la reforma para peor en el proceso de tutela, sin tocar para nada su aplicación en relación con la sentencia penal condenatoria.

La sentencia T-575 de diciembre 10 de 1993, (Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), confirma otra del Tribunal Superior de Villavicencio, que había rechazado por improcedente la acción de tutela interpuesta contra una sentencia en la que, supuestamente, se había desconocido la prohibición de la reformatio in pejus.

La sentencia T-289 de junio 21 de 1994, (Magistrado ponente Hernando Herrera Vergara), confirmó una del Juzgado 35 Penal del Circuito de Bogotá, que había denegado la tutela demandada contra una sentencia condenatoria en materia penal que, según el actor en el proceso de tutela, había desconocido la prohibición del inciso segundo del artículo 31 de la Constitución. En esta sentencia, la Corte Constitucional reafirmó el principio de la legalidad de la pena, así:

"Así, si el superior -Tribunal Superior de Villavicencio-, dentro del análisis probatorio y de las normas legales, llegó a la conclusión de que debía modificar la sentencia impugnada e imponer la sanción establecida en el numeral 3o. del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, por cuanto no resultaba acertada la dosimetría de la pena, pues el mínimo señalado en la norma

infringida -artículo 33 de la Ley 30 de 1986-, en razón de la cantidad de droga incautada, superior a los cinco kilos de cocaína -artículo 38, numeral 3o. ibidem-, era de 8 años y no de 4 como lo había dispuesto el citado juzgado”.

La sentencia T-231 de mayo 13 de 1994, (Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), ratificó la improcedencia de la prohibición de la reforma para peor en los procesos de tutela. Al respecto dijo:

“La Corte Constitucional se aparta del último criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia. La interdicción a la reformatio in peius (CP art. 31, inc 2), se refiere a sentencias condenatorias. En cambio, las sentencias de tutela se contraen

no a imponer una pena, sino a proteger un derecho fundamental cuando quiera resulte violado por una autoridad o un particular, en este caso si de acuerdo con la ley, la tutela es procedente. Tanto los jueces de instancia como la Corte, en sede de revisión, encargados de fijar el contenido y alcance de los derechos fundamentales dentro del contexto fáctico que proyecta el acervo probatorio, no podrían cumplir esa misión si estuvieran atados a lo decidido por el a quo, que bien ha podido errar en la apreciación de los hechos y, no menos importante, en la correcta definición del derecho fundamental debatido y de su concreta aplicación a la realidad procesal. A este respecto es ilustrativo citar la reiterada doctrina de esta Corte” Y cita, a renglón seguido, las sentencias T-138 de 1993 y T-596 de 1993, ambas en el mismo sentido.

En la sentencia T-413 de junio 5 de 1992, (Magistrado ponente Ciro Angarita Barón), no se examinó cómo se aplica la prohibición de la reformatio in peius cuando el juez de primera instancia ha quebrantado el principio de la legalidad al fijar la pena en la sentencia condenatoria en materia penal. Lo mismo ocurre en la sentencia T-474 de julio 29 de 1992, Magistrados ponentes Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, pues en ella tampoco se analizó lo que tiene que ver con la fijación de una pena con base en ley inexistente, es decir, qué ocurre cuando el juez de primera instancia quebranta el principio de la legalidad de la pena.

La sentencia C-365/94, de agosto 18 de 1994, (Magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo), por la cual se declaró exequible el artículo 32 de la ley 81 de 1993, 215 del Código de Procedimiento Penal, que consagra la obligación de sustentar el recurso de apelación en

los procesos penales, apenas si se refiere tangencialmente a la prohibición establecida por el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución. Al respecto dice únicamente:

“Obsérvese que, existiendo la prohibición de la reformatio in pejus, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.

“4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así, que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo

tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único”.

Como se ve, no se refiere al principio de la legalidad de la pena.

En cuanto a la sentencia C-055/93, de febrero 18 de 1993, (Magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo), hay que decir que tampoco analizó el principio de la legalidad de la pena y su relación con la prohibición de la reforma para peor.

En conclusión: de las doce (12) sentencias citadas, solamente tres (3), las T-289 de 1994, T-146 y T-155 de 1995, se refieren al principio de la legalidad de la pena, no para desconocerlo sino para reafirmarlo y sostener que su quebrantamiento hace que al juez de segunda instancia no lo obligue la prohibición del inciso segundo del artículo 31 de la Constitución.

¿Qué podría decirse sobre ésta manera de citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional? Acaso lo mejor sea guardar silencio...

Séptima.- Conclusión.

Fallos como el que originó este salvamento de voto, fortalecen la convicción de quienes

creen que en la medida en que la acción de tutela reemplaza todos los procedimientos establecidos para la defensa de los derechos, se desquicia aún más nuestro descaecido ordenamiento jurídico.

Cabría preguntarse, además, cómo puede haber seguridad jurídica, si, a pesar de haberse declarado la inexecutable de las normas que permitían la tutela contra sentencias, se invalidan fallos ejecutoriados, contra los cuales existían recursos, como el de casación en este caso, que no se interpusieron oportunamente. Si, además, los fallos de tutela niegan la fuerza obligatoria de los contratos, desconocen que la transacción, produce el efecto de cosa juzgada en última instancia. Y si, en fin, como ya ha ocurrido, los jueces de tutela de todas las jerarquías olvidadas, por ejemplo, que “no se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular”. (art. 45, decreto 2591 de 1991).

El abuso de la acción de tutela conspira contra la existencia misma de esta institución. Que no se estableció para crear la anarquía y el caos en la administración de justicia, sino como un remedio excepcional que sirviera para la protección de los derechos fundamentales.

JORGE ARANGO MEJÍA

FABIO MORON DÍAZ

VLADIMIRO NARANJO MESA

Salvamento de voto a la Sentencia No. SU-327/95

NULIDAD PROCESAL-Alcance en penal/ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA PENAL-Improcedencia (Salvamento de voto)

No es posible dejar de tener en cuenta los efectos de las nulidades que con plena competencia legal se decretan dentro del proceso respectivo. Por ello no comparto la apreciación que se consigna en la sentencia de la cual me aparto parcialmente cuando no se tiene en cuenta el efecto legal de las nulidades procesales y por consiguiente, se admite la tutela frente a providencias judiciales dictadas con observancia de las normas que se han señalado.

RECURSO DE CASACION PENAL-Procedencia (Salvamento de voto)

Considero que en este caso los actores disponían de otro medio de defensa judicial, como lo es el recurso de casación contra la providencia del Tribunal anulada por la Corte Constitucional.

REF.: Expediente No. T-60.443

Actores:

GABRIEL GONZALEZ MOSQUERA y ALEXIS LISALDA MORENO

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá,D.C. julio 27 de 1995

Con el acostumbrado respeto y consideración por las decisiones de Corte Constitucional, me permito exponer las razones para disentir en forma parcial de la sentencia en referencia, en la siguiente forma:

Ante todo quiero indicar que comparto el criterio según el cual no es procedente el desconocimiento de la prohibición contenida en el artículo 31 inciso segundo de la Carta Fundamental, según el cual el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

Sin embargo, en el presente proceso el suscrito considera que el principio de la “reformatio in pejus” a que se refiere la norma constitucional no se quebranta en aquellos casos en que por haberse anulado por el superior la sentencia del inferior que impuso la pena de los accionantes de tutela quedó sin efecto legal alguno y fue reemplazada por otra en virtud de la declaratoria de nulidad decretada en el mismo juicio. En este caso la sentencia del juez de primera instancia que fue materia del recurso de apelación, fue la que tuvo que dictar el mismo funcionario judicial posteriormente, como consecuencia de la aplicación de las normas contenidas en el artículo 304 y siguientes del Código de Procedimiento Penal que determinan las causales de nulidad, entre las cuales se encuentra la que dió lugar a la que decretó el Juez Penal del Circuito de Istmina, Chocó.

Así mismo, dispone el artículo 305 del Código en referencia, que cuando el funcionario judicial advierta que exista alguna de las causales previstas en la disposición anterior,

decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal, y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo para que se subsane el defecto. Ello fue precisamente lo que ocurrió en el caso en estudio, por cuanto el Tribunal tuvo que declarar la nulidad de lo actuado en presencia de la configuración de una de las causales previstas en el Código de Procedimiento Penal, cuya declaratoria de oficio se encuentra plenamente respaldada por las normas señaladas, habiendo quedado ejecutoriada la providencia del Tribunal que declaró la nulidad de lo actuado y ordenó reponer la actuación correspondiente. Es así como dicha nulidad cobijó la sentencia del Juzgado de Istmina, que había impuesto la pena a veinticuatro (24) años de prisión a los autores responsables del concurso de delitos de homicidio y hurto calificados, ambos en circunstancias de agravación punitiva.

De esta manera, no es posible dejar de tener en cuenta los efectos de las nulidades que con plena competencia legal se decretan dentro del proceso respectivo. Por ello no comparto la apreciación que se consigna en la sentencia de la cual me aparto parcialmente cuando no se tiene en cuenta el efecto legal de las nulidades procesales y por consiguiente, se admite la tutela frente a providencias judiciales dictadas con observancia de las normas que se han señalado.

Finalmente, considero que en este caso los actores disponían de otro medio de defensa judicial, como lo es el recurso de casación contra la providencia del Tribunal anulada por la Corte Constitucional, en la forma descrita por los Magistrados que por este aspecto igualmente, formularon salvamento de voto.

Atentamente,

HERNANDO HERRERA VERGARA

MAGISTRADO

1 Roxin/Arzt/Tiedemann: Introducción al Derecho Penal Procesal. Ed. Ariel, Barcelona, 1989, pág. 226.

2 Código de Procedimiento Civil, Art. 145 (antiguo 157) Modificado por el Decreto 2282/89,

artículo 1°, numeral 85. “Declaración oficiosa de la nulidad. En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1° y 2° del artículo 320. Si dentro de los tres días siguientes al de notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará”.

3 Op. cit.