

SU598-95

Sentencia No. SU-598/95

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Vulneración

La agravación de la pena impuesta al condenado cuando este sea apelante único, y en consecuencia cabe la protección de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela. Como quiera que la norma superior contiene una garantía procesal en favor del condenado en un proceso judicial, no puede ser inobservada por la aplicación de una disposición legal de contenido sustancial, cuando existe de por medio un error imputable al Estado cometido por intermedio de una autoridad judicial, pues el propio Estado ha tenido la oportunidad de solicitar que tal error se corrija en el mismo proceso judicial, a través del recurso de apelación contra la providencia de instancia.

Ref.: Expediente No. T-79401

Demandante: John Albeiro Olarte Guzmán contra el Tribunal Del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá -Sala Penal-

Procedencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Tema: Debido proceso. Principio de la no reformatio in pejus.

Magistrado Ponente:

Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fe de Bogotá, diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco 1995.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, procede a revisar la sentencia de la referencia dentro de la acción que promovió el señor John Albeiro Olarte Guzmán contra el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá -Sala Penal-.

El expediente llegó al conocimiento de la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional por remisión que le hizo la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el

artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Con fundamento en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Nueve (9) de la Corte Constitucional, escogió para efectos de revisión, la acción de tutela promovida a través de este proceso.

I. ANTECEDENTES.

El señor John Albeiro Olarte Guzmán, recluso en la penitenciaría central de Colombia “La Picota”, manifiesta en su demanda que fue condenado por el Juzgado 15 Penal del Circuito de la ciudad de Santa Fe de Bogotá, por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986 “Estatuto Nacional de Estupefacientes”, a una pena principal de un año de prisión y multa de dos salarios mínimos legales; esta decisión fue impugnada por el demandante y a pesar de ser el único apelante, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, mediante providencia del 14 de octubre de 1994, al resolver sobre el recurso contra la sentencia condenatoria de primera instancia, aumentó las penas que le fueron impuestas a dos años de prisión y multa de cuatro salarios mínimos legales.

II. SENTENCIAS JUDICIALES QUE SE REVISAN.

A. Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Penal-.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Penal-, mediante sentencia del 28 de junio de 1995, resolvió “RECHAZAR por improcedente la tutela de los derechos fundamentales invocados por el señor JOHN ALBEIRO OLARTE GUZMAN, contra una SALA DE DECISION PENAL DE ESTE TRIBUNAL”, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“(…) 1o.- El incremento punitivo del cual se queja el accionante no fue producto de decisión caprichosa e infundada de la Sala de Decisión Penal demandada, pues lo que se hizo, para subsanar el yerro en que incurrió el a quo, fue dar aplicación a la circunstancia específica de agravación prevista por el artículo 38, numeral 1o., literal b de la Ley 30 de 1986, la cual es del siguiente tenor:

‘Artículo 38. El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicarán en los

siguientes casos:

1o. Cuando el hecho se realice:

(...) b) En centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios.(...)'(Subrayado fuera del texto)

2o.- Aunque en la resolución acusatoria proferida en contra del señor John Albeiro Olarte Guzmán no se señaló expresamente el precepto que recoge la circunstancia por la cual la conducta en la que incurrió resultaba agravada de manera específica, ello no impedía que tal incremento punitivo se pudiera aplicar en la sentencia (de primera o segunda instancia), pues en varios apartes del texto de la providencia calificatoria estaba adecuadamente mencionada la agravante por la narración en que se da cuenta de ella y por la que las partes quedaban enteradas de tal contenido y alcance; esto es, que el delito había tenido su consumación al interior del centro penitenciario conocido como 'La Picota', de esta ciudad capital.

Esto tiene apoyo jurisprudencial en pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, uno de ellos reiterándolo, en sentencia de casación del 8 de noviembre de 1993, con ponencia del H. Magistrado Doctor Gustavo Gómez Velásquez al señalar:

'Es cierto que no se hace la cita específica del precepto legal que consagra la agravación (...), pero la jurisprudencia de esta Sala ha precisado, dejando el formalismo por la sustancia, lo adjetivo por lo material y procurando lo que importa, o sea, el conocimiento del hecho en el cual podrá fundarse una intensificación de pena, permitiendo a las partes su discusión eficaz y, por tanto, posibilitándose la asunción de las consecuencias pertinentes en este caso de la punibilidad. De ahí que se estime conveniente pero no imprescindible la mención de un artículo, parágrafo o inciso, en particular, para esto de diminuentes o agravantes (...)'

3o.- Descartada la violación del derecho al debido proceso o al de defensa por posible incongruencia entre el pliego de cargos y la sentencia, debe señalarse que tampoco se vulneró el derecho a la no reformatio in pejus pues, en la sentencia de segunda instancia se corrigió el error en que incurrió el a quo al fijar la pena imponible al señor John Albeiro Olarte Guzmán por dejar de dar aplicación a la circunstancia específica de agravación concurrente, no obstante lo anotado en precedencia; y jurisprudencialmente se ha precisado que tal

principio tiene plena aplicación cuando la imposición de la pena está acorde con la normatividad vigente para el caso y con la realidad procesal, y que por lo tanto es presupuesto básico de su ejercicio el de que el principio de legalidad haya sido observado escrupulosamente.”

El accionante impugnó el fallo de primera instancia dentro del término legal sin sustentación alguna, y le fue concedido el recurso de apelación. El expediente fue remitido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial -Sala Penal- a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, para el trámite de la segunda instancia.

B. Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante Sentencia del 14 de agosto de 1995, confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Penal-, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“(…) 1o. Ante la ausencia de sustentación de recurso, la Sala desconoce los motivos concretos de la inconformidad del apelante, pero ello considera la mayoría de esta Corporación, no es óbice para decidirlo, pues el Decreto 2591 de 1991 no le impuso esa carga al inconforme, ni ella se compadece con los principios de economía, celeridad y prevalencia del derecho sustancial que consagra su artículo 3o., siendo de añadir que el artículo 32 ibídem precisa otros factores a los cuales tendrá que atenerse la segunda instancia.

2o. Ha dicho reiteradamente esta Colegiatura que la acción de tutela contra decisiones judiciales, solo procede cuando con ellas se incurre en vías de hecho que conlleven violación o amenaza de derechos fundamentales de los sujetos procesales, salvo que disponga de medios o recursos judiciales para su protección. (…)

3o. Contra dicha modificación de la sentencia de primer grado, John Albeiro Olarte Guzmán tuvo a su disposición los medios o recursos judiciales para hacer valer sus derechos y no los utilizó, como lo es el extraordinario de casación discrecional que prevé el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, precisamente como medio de protección de los derechos fundamentales, luego la acción de tutela resulta improcedente (…)”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

PRIMERA. COMPETENCIA.

El Magistrado Ponente de la Sala Sexta de Revisión, Doctor Hernando Herrera Vergara, sometió a consideración de los Magistrados integrantes de la misma, que el presente asunto fuese remitido a estudio y decisión de la Sala Plena de la Corporación, toda vez que éste, en asocio del Magistrado Doctor Fabio Morón Díaz, salvó su voto con respecto a la sentencia SU-327 de fecha 27 de julio de 1995 (M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz), dictada por la Corte Constitucional por medio de la cual se unificó la jurisprudencia sobre el tema que igualmente trata el proceso objeto de revisión, y por tanto decidieron enviarlo a la Sala Plena a fin de que se adoptara el fallo correspondiente.

Por lo anterior, se procede por la Sala Plena a resolver la revisión de las sentencias dictadas en el presente asunto, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3o. y 241 numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

SEGUNDA. EL ASUNTO OBJETO DE ESTUDIO.

El accionante acude al mecanismo de la tutela a fin de que le sean protegidos sus derechos fundamentales derivados del debido proceso, particularmente en lo que respecta al principio de la no reformatio in pejus, que considera vulnerado, como consecuencia de la agravación de la pena de prisión y la multa por parte del accionado Tribunal Superior de Distrito Judicial -Sala Penal-, que inicialmente le había sido impuesta por el Juez 15 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, no obstante ser apelante único.

Para a entrar a decidir, debe tenerse en cuenta que el señor John Albeiro Olarte Guzmán fue condenado por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá a pena de prisión por el término de doce meses y multa de dos salarios mínimos, mediante sentencia proferida el 30 de agosto de 1994, por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986. En esa oportunidad el juez de conocimiento afirmó lo siguiente:

“Es así como con el informe oficial, el experticio practicado por Medicina Legal que arrojó como resultado ‘cocaína positivo’ en una cantidad de 4.71 grs, y la declaración del guardia

(...), fácil es concluir que la conducta investigada se adecuaba plenamente dentro de la descrita en el artículo 33 de la ley 30 de 1986, cuyo precepto dispone: ‘... El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de aquél, lleve consigo ... adquiriera ... venda a cualquier título droga que produzca dependencia ...’ y, según el inciso 2o. de la citada disposición, si la cantidad de droga excede la dosis personal sin pasar de 100 gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente, la pena será de uno (1) a tres años de prisión y multa en cuantía de dos a cien salarios mínimos mensuales.”

La conducta en que incurrió el accionante por la cual fue condenado por el Juez Quince Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, tuvo lugar en las instalaciones de la cárcel “La Picota”, según se desprende de la providencia de la Fiscalía General de la Nación -Unidad Primera Delitos Varios- del 13 de septiembre de 1993 (folios 53 a 56), que calificó el mérito del sumario de la investigación respectiva, en la que se consagra que “El 4 de agosto de 1992, al efectuar una requisa en la celda que ocupa en la Penitenciaría Central de Colombia el interno John Alberto (sic) Olarte Guzmán, quien se encuentra purgando condena por el delito de homicidio, le fue encontrado en su poder un cofre de madera de doble fondo, el cual contenía en su interior cien (100) papeletas de sustancia pulverulenta, al parecer, bazuco”.

El señor John Albeiro Olarte Guzmán apeló la sentencia proferida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, sin que ningún otro sujeto procesal hubiese ejercido dicho recurso contra aquélla. A su turno, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Penal, mediante providencia del 14 de octubre de 1994 resolvió modificar el fallo de primera instancia agravando la pena del condenado, por cuanto a su juicio, la conducta imputable al actor fue cometida en establecimiento carcelario, lo cual con fundamento en el artículo 38 de la citada Ley 30 de 1986, obliga a la duplicación de la sanción que establece el artículo 33 de dicha normatividad.

La decisión adoptada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Penal, quedó en firme, razón por la cual el accionante acudió a la tutela a fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y el respeto a la garantía de la no reformatio in pejus por haber sido apelante único en el proceso penal seguido en su contra por infracción del artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

La Sala Plena consideró oportuno, en el asunto sometido a su revisión, reiterar la

jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la sentencia SU- 327 de 1995, con respecto a la aplicación de la garantía procesal consagrada en el artículo 31 de la Carta Política que establece el principio de la doble instancia. En efecto, en dicha sentencia, la Corporación expresó acerca de la no reformatio in pejus lo siguiente:

“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. (subrayado fuera del texto)

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.”

Así mismo, la Corporación en ese mismo pronunciamiento puntualizó acerca de la garantía de la “no reformatio in pejus” y su consagración en la Constitución Política de 1991, lo siguiente:

“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.”

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 (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. (...)”

Los anteriores criterios se reiteran en esta oportunidad pues constituyen la jurisprudencia unificada de la Sala Plena de la Corte Constitucional y sirven por tanto de fundamento para la decisión del asunto de la referencia, por tratarse de una situación similar a la que ahora se examina.

De lo dicho se desprende que la agravación de la pena impuesta al condenado cuando este sea apelante único, resulta contraria al artículo 31 de la Carta Política, y en consecuencia cabe la protección de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela. En consecuencia, prima facie, en el caso sub exámine, tal criterio se debe aplicar en cuanto la decisión del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, duplicó la pena impuesta al accionante con fundamento en el artículo 38 de la Ley 30 de 1986, cuando dentro del respectivo proceso judicial aquél fue apelante único.

Debe advertirse que la circunstancia de que contra la decisión del Tribunal era procedente el recurso extraordinario de casación penal con respecto a la sentencia dictada por dicha corporación, no se opone a la viabilidad de la acción de tutela, cuyo medio eficaz para la protección de los derechos constitucionales en favor del demandante conduce a la prosperidad de la misma, frente al quebrantamiento del artículo 31 de la Constitución Política a que se ha hecho referencia.

Por lo tanto, los errores en que incurrió el juez de instancia en la fijación de las penas impuestas no pueden ser corregidos por el superior en el fallo de segunda instancia cuando se trate de apelante único, pues esta situación conlleva a la vulneración de los artículos 31 de la Carta Política y 217 del Código de Procedimiento Penal, los cuales expresamente prohíben agravar la situación del condenado cuando es el único recurrente en el recurso de alzada, lo que hace procedente la acción de tutela en defensa de los derechos fundamentales constitucionales del demandante.

A juicio de la Corporación, como quiera que el artículo 31 de la norma superior contiene una garantía procesal en favor del condenado en un proceso judicial, esta disposición no puede

ser inobservada por la aplicación de una disposición legal de contenido sustancial como la contenida en el artículo 38 de la Ley 30 de 1986, cuando existe de por medio un error imputable al Estado cometido por intermedio de una autoridad judicial, pues el propio Estado ha tenido la oportunidad de solicitar que tal error se corrija en el mismo proceso judicial, a través del recurso de apelación contra la providencia de instancia.

De manera que el asunto objeto de estudio entraña una situación en virtud de la cual el accionante se encuentra frente a una eventual vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y de la garantía procesal consagrada de la no reformatio in pejus.

En razón de lo anterior habrán de revocarse las providencias materia de revisión que se examinan y en su lugar se accederá a la protección de los derechos fundamentales del accionante, en relación con el debido proceso, invocados a través de la presente acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR por las razones expuestas el fallo proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el catorce de agosto de 1995, que confirmó la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá -Sala Penal- del 28 de junio de 1995 por medio del cual se declaró improcedente la tutela impetrada por el señor John Albeiro Olarte Guzmán.

SEGUNDO. TUTELAR en su lugar el derecho al debido proceso del señor John Albeiro Olarte Guzmán, en relación con la sentencia de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, de fecha 14 de octubre de 1994, según se expuso en la parte motiva de esta providencia, al infringir la prohibición de la reformatio in pejus.

TERCERO. Declarar que es NULA por violación de los artículos 2o., 4o., 29 y 31 de la Constitución Política, la providencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala de Decisión Penal, de fecha octubre 14 de 1994, por la cual se empeoró la situación del apelante único.

CUARTO. Disponer que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala de Decisión Penal, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor John Albeiro Olarte Guzmán como apelante único, deberá dar aplicación al artículo 31 de la Constitución Política.

QUINTO. Comunicar la presente providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala de Decisión Penal, para los efectos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNADEZ GALINDO

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia No. SU-598/95

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-No vulneración/PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA-Vulneración (Aclaración 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 la Constitución que consagra la mencionada prohibición. Este salvamento de voto no implica el desconocimiento de la prohibición. 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 (Aclaración de voto)

La sentencia se había dictado con base en ley inexistente, y no en ley preexistente como lo manda la Constitución. Por eso, decretó la nulidad de la sentencia, y ordenó reponer la actuación anulada. Cuando el juez de primera instancia impone una pena basándose en una ley inexistente, quebranta ostensiblemente la Constitución. Viola, en síntesis, el debido proceso.

DEBIDO PROCESO-Vulneración por ley inexistente (Aclaración 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 no por la observancia de la ley, sino por su desconocimiento.

No es 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, 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.

RECURSO DE CASACION PENAL-Procedencia (Aclaración 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.

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

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.

ANEXO SALVAMENTO DE VOTO SENTENCIA SU-327/95

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.

¿Puede el juez que conoce del proceso en segunda instancia, declarar oficiosamente la nulidad originada en esta comprobada existencia de una irregularidad sustancial? Como el artículo 305 no le establece limitación alguna, indudablemente puede hacerlo.

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”.

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 arrebatarse 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:

“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 pejus 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.

“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

HERNANDO HERRERA VERGARA

