

## PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Confrontación

La tensión entre la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado y el principio de legalidad generó líneas jurisprudenciales en dos situaciones claramente diferenciables. La primera de estas situaciones es la agravación de la pena en contra del condenado asistido de la calidad de apelante único. Y la segunda, la agravación de la pena en contra del condenado también asistido de la calidad de apelante único pero procesado por un delito sometido al grado jurisdiccional de consulta. Respecto de la primera situación, la jurisprudencia de esta Corporación siempre ha sido clara: La tensión entre la no reformatio in pejus y el principio de legalidad se pondera de tal manera que se da prelación al primero sobre el segundo: Al condenado no se lo puede hacer víctima de los errores cometidos por los agentes estatales al momento de la imposición de la pena, mucho más si en el proceso existen mecanismos que permitían ajustar la pena a la ley sin menoscabar los derechos fundamentales del sentenciado. Respecto de la segunda situación, en cambio, la jurisprudencia de esta Corte adoptó varias posturas. De acuerdo con una de ellas, cuando se trataba de un apelante único en un delito consultable, el superior podía agravar la pena pues el grado jurisdiccional de consulta confería una competencia ilimitada al superior y en ejercicio de tal competencia bien podía agravar la pena. Otra postura, en cambio, mantuvo el efecto vinculante de la no reformatio in pejus aún en esos supuestos bajo el entendido que la ley no podía configurar excepciones a un derecho fundamental no previstas por el constituyente.

## PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Derecho fundamental para el apelante único

La proscripción de la reforma en perjuicio del condenado que es apelante único es un derecho fundamental. Y lo es en múltiples dimensiones. Lo es formalmente en cuanto ha sido dotado por el constituyente, de manera expresa, de esa calidad. Lo es materialmente porque se trata de un derecho del individuo que se ha transformado en derecho constitucional positivizado. Y lo es procesalmente en cuanto se trata de un derecho cuya formulación jurídica no está al alcance de los poderes jurídicos constituidos. La no reformatio in pejus, como derecho fundamental, afianza un ámbito de realización del ser humano en un espacio concreto y, de forma correlativa, delimita el espacio de acción estatal. Si bien el Estado, tras la comisión de un delito, se halla legitimado para adelantar un proceso,

demostrar la responsabilidad que les asiste a los autores o partícipes y someterlos a una pena, no puede hacerlo de cualquier manera pues debe respetar las barreras de contención impuestas por el constituyente. Y entre tales barreras se encuentran los derechos fundamentales de los individuos y, para lo que aquí interesa, aquél que le garantiza a un condenado que su pena no será agravada si está asistido de la calidad de apelante único.

#### PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES-Ponderación

El principio de legalidad también tiene raigambre constitucional. Sin embargo, el constituyente no ha dicho que para sacar adelante ese principio se han de sacrificar los derechos fundamentales. Por el contrario, estas facultades históricamente reconocidas y positivizadas, fueron asumidas por él como inalienables al ser humano y como determinadoras de su dignidad. Cuando el mismo ordenamiento otorga instrumentos jurídicos para que el principio de legalidad se respete sin menoscabar por ello derechos fundamentales, no puede optarse por la opción contraria: El juez, como supremo defensor de la legalidad no tiene cabida en el Estado constitucional si en cumplimiento de ese cometido ha de desconocer los derechos fundamentales del individuo. Hoy su compromiso es mucho más alto: No sólo es un fiel guardián de la ley es, fundamentalmente, un realizador de la justicia en un marco normativo que vincula a la ley y que para aquél resulta ineludible: La Carta Política. En estas condiciones, para la Sala es claro que el Juzgado 26 Penal del Circuito, al agravar la condena impuesta al actor, vulneró el derecho fundamental que proscribe la reforma en perjuicio del procesado.

Referencia: expediente T-770518

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., cuatro (4) de diciembre de dos mil tres (2003).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de la tutela instaurada por Julio Rodríguez Vargas contra el Juzgado 26 Penal del Circuito de Bogotá.

## I. ANTECEDENTES

### A. Reseña fáctica

1. El 30 de octubre de 2002 el Juzgado 41 Penal Municipal de Bogotá declaró a Julio Rodríguez Vargas responsable del delito de inasistencia alimentaria cometido desde 1993 en contra de sus hijos John Fredy, Edwin, Fernando y Fabián. Como consecuencia de ello, lo condenó a las penas de un año de prisión y multa de un día de salario mínimo legal mensual. Además, lo condenó al pago de los perjuicios materiales y morales a favor de sus hijos, los primeros por valor de \$8.205.664 y los segundos en cuantía equivalente a 70 gramos oro. Finalmente, el juzgado suspendió la ejecución de la pena por un período de prueba de dos años.

2. El defensor apeló el fallo y le solicitó al juez de segunda instancia que tenga en cuenta que el procesado cumplió con su obligación alimentaria hasta el 28 de noviembre de 2000 y le pidió que por ese motivo reduzca proporcionalmente la condena indemnizatoria.

3. El 11 de marzo de 2003 el Juzgado 26 Penal del Circuito resolvió el recurso interpuesto. Para ello indicó que el delito de inasistencia alimentaria sólo había sido cometido por el procesado a partir del mes de noviembre de 2000; que la indemnización de perjuicios debía calcularse a partir de esa fecha y que por tratarse de un delito de ejecución permanente debía tenerse en cuenta la pena consagrada en la Ley 599 de 2000. Con base en estos fundamentos, el Juzgado tomó las siguientes decisiones:

- Incrementó las penas impuestas a 28 meses de prisión y multa de 15 salarios mínimos legales mensuales.
- Lo condenó, además, a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal.
- Redujo la condena indemnizatoria a \$3.521.100.

### B. La tutela instaurada

El 5 de mayo de 2003, Julio Rodríguez Vargas, a través de apoderado, interpuso acción de tutela contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Penal de Circuito. El actor indicó que por haber sido apelante único, ese despacho no tenía competencia alguna para agravar la condena y que al hacerlo desconoció múltiples derechos y principios constitucionales: debido proceso, no reformatio in pejus, legalidad y favorabilidad.

#### C. Respuesta de la entidad accionada

1. El delito de inasistencia alimentaria es de ejecución permanente.
2. Como ese delito se cometió en vigencia del Código penal anterior y también del Código penal vigente, debía tenerse en cuenta la pena fijada en este último.
3. Ya que el juez de primer grado no tuvo en cuenta la norma aplicable sino una ya derogada, como superior corrigió ese error e impuso la pena prevista en la Ley 599 de 2000.
4. La acción de tutela es de naturaleza subsidiaria y como en el caso presente procedía la casación discrecional, no puede haber lugar a la protección de los derechos supuestamente vulnerados.

#### II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El 13 de junio de 2003, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, negó la tutela de los derechos fundamentales invocados pues, en su criterio, se estaba ante una situación que había sido examinada, rebatida y definida en su oportunidad y decidida mediante un fallo que había hecho tránsito a cosa juzgada y que no puede desconocerse por vía de tutela.

#### III. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. La tensión entre la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado y el principio de legalidad generó líneas jurisprudenciales en dos situaciones claramente diferenciables. La primera de estas situaciones es la agravación de la pena en contra del condenado asistido de la calidad de apelante único. Y la segunda, la agravación de la pena en contra del condenado también asistido de la calidad de apelante único pero procesado por un delito sometido al grado jurisdiccional de consulta.

Respecto de la primera situación, la jurisprudencia de esta Corporación siempre ha sido clara: La tensión entre la no reformatio in pejus y el principio de legalidad se pondera de tal manera que se da prelación al primero sobre el segundo: Al condenado no se lo puede hacer víctima de los errores cometidos por los agentes estatales al momento de la imposición de la pena, mucho más si en el proceso existen mecanismos que permitían ajustar la pena a la ley sin menoscabar los derechos fundamentales del sentenciado.

Respecto de la segunda situación, en cambio, la jurisprudencia de esta Corte adoptó varias posturas. De acuerdo con una de ellas, cuando se trataba de un apelante único en un delito consultable, el superior podía agravar la pena pues el grado jurisdiccional de consulta confería una competencia ilimitada al superior y en ejercicio de tal competencia bien podía agravar la pena. Otra postura, en cambio, mantuvo el efecto vinculante de la no reformatio in pejus aún en esos supuestos bajo el entendido que la ley no podía configurar excepciones a un derecho fundamental no previstas por el constituyente. Con todo, a partir de la Sentencia C-1722-00, la Corporación unificó su jurisprudencia en este último sentido.

Por lo tanto, la jurisprudencia vigente de esta Corporación afirma que el derecho fundamental que proscribía la reforma en perjuicio del condenado se aplica tanto en los casos en que se está ante un condenado que como sujeto procesal es apelante único, como en los eventos en que se está ante un condenado que es apelante único en un proceso sometido al grado jurisdiccional de consulta.

2. En la Sentencia T-533-01 se hicieron detenidas consideraciones en torno al carácter excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales, a la viabilidad del amparo constitucional por desconocimiento de la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado y a los motivos que hacían procedente el amparo cuando tal proscripción se había desconocido en un proceso sometido a consulta. En relación con el segundo aspecto, esto es, la procedencia de la tutela por vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 31.2 de la Carta, la Corte expuso los siguientes planteamientos aplicables al caso sometido a revisión:

a. El artículo 31.1 de la Carta y el principio de la doble instancia

El principio de la doble instancia está consagrado en el artículo 29 de la Carta cuando alude al derecho a impugnar la sentencia condenatoria y en el artículo 31 cuando indica que toda

sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

En materia penal, los artículos 16 del Código de Procedimiento Penal, 298 del Código Penal Militar y 207 del Nuevo Código Penal Militar hacen desarrollos de ese principio.

El derecho a que una sentencia judicial pueda ser revisada por el superior del juez que la emitió puede hacerse efectivo por vía de la apelación o por vía de la consulta como grado de jurisdicción. Con ello se garantiza que el punto que es objeto de decisión judicial pueda ser examinado por dos funcionarios diferentes, el de primera instancia y su superior.

Como puede advertirse, entonces, la regla contenida en el artículo 31.1 de la Carta impone el reconocimiento de la facultad de recurrir una decisión judicial o el reconocimiento de la posibilidad de que aún en ausencia de recurso de apelación, el superior se pronuncie sobre la decisión emitida.

a. El artículo 31.2 de la Carta y el límite de la competencia del superior cuando el condenado es apelante único

La proscripción de la reforma en perjuicio del procesado, que constituye un límite a la competencia del superior que conoce de la apelación y en consecuencia al principio de doble instancia, aparece consagrada en el artículo 31.2 del Texto Fundamental y ha sido desarrollada por el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal y por el artículo 582 del Nuevo Código Penal Militar. El artículo 430 del anterior Código Penal Militar permitía la reforma en perjuicio del procesado pero esa norma fue declarada inexecutable por esta Corporación en sentencia C-055 de 19931.

Nótese cómo, si bien el artículo 31.1 consagra la segunda instancia, el artículo 31.2 le impone un límite al impedir que el superior agrave la pena impuesta al condenado que es apelante único. El artículo 31.1 consagra un derecho consistente en que el superior examine la decisión del inferior pero el artículo 31.2, si bien limita la competencia del superior, también consagra un derecho al garantizarle al condenado en quien concurre la calidad de apelante único que la pena que se le ha impuesto no será agravada.

Esa prohibición es coherente con el principio de limitación que rige en el ámbito del recurso

de apelación y de acuerdo con el cual la competencia del superior se circunscribe a los puntos a los que se extiende la inconformidad del apelante.

a. La proscripción de la 'reformatio in pejus' como límite del poder punitivo del Estado

La prohibición de la reforma en perjuicio del procesado en quien concurre la calidad de apelante único es un verdadero límite al ejercicio del poder punitivo del Estado. Tal poder, como particular sentido de expresión del poder político, remite a la facultad que tiene el Estado de configurar tanto el delito como la pena y que se ejerce en distintas instancias, desde el constituyente originario, pasando por el legislador y la judicatura, hasta la instancia penitenciaria. En este sentido, la prohibición de la reformatio in pejus comporta un límite impuesto por el constituyente al momento judicial de expresión del poder punitivo.

Como límite, la prohibición de la reforma en perjuicio del procesado constituye una invaluable garantía. Ello es así en cuanto al procesado le asiste la seguridad de que su situación no será agravada si otro sujeto procesal no recurre la decisión:

Entre las garantías que consagra la Constitución (art. 31) y desarrolla la norma procesal penal (art. 217), está la prohibición de la no "reformatio in pejus", que es al tiempo una garantía constitucional y un principio procesal, que se inserta dentro de la noción del debido proceso. Según este principio, cuando la apelación de una sentencia de condena sea interpuesta exclusivamente por el procesado o su defensor, el "ad quem" no podrá agravar la situación del recurrente aumentando la pena impuesta por el "a quo". Eso significa que la situación del apelante podría mejorarse pero jamás hacerse más gravosa, porque se considera, en virtud del principio en cuestión, que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable de la providencia que se recurre. No se puede desconocer que la apelación es un medio procesal mediante el cual, el sujeto afectado con una medida judicial se propone justamente controvertir los fundamentos en que se apoya la decisión para lograr que se mejore, al menos su situación jurídica, sino consigue que la medida se revoque en su integridad. Cuando el procesado es el apelante único de una sentencia de condena, es claro que su objetivo es lograr que se mejore su situación disminuyendo la pena, porque resulta contrario a toda lógica, que lo hiciera para agravar su propia situación. Por eso, en tal caso, el juez debe centrar su decisión exclusivamente en las pretensiones del recurrente, para resolver si son o no conducentes, ya que son ellas las que dan origen al pronunciamiento

judicial, de suerte que en el peor de los casos, el recurso no puede desatarse aumentando la pena original<sup>2</sup>.

d. Vía de hecho por desconocimiento de la 'reformatio in pejus'

Uno de los eventos que la Corte ha valorado como constitutivos de vía de hecho es el concerniente a la agravación de la pena por el superior que conoce del recurso de apelación interpuesto por el procesado siendo apelante único. La acción de tutela procede en este caso porque se está ante una decisión judicial que vulnera el derecho fundamental que le asiste al procesado de que su pena no será agravada por el superior si es él el único que recurre de la decisión -Artículo 31.2 de la Carta.

Ante esa situación, aquellas providencias que restringen el ámbito de esa prohibición y que propician la agravación de las penas en supuestos fácticos no previstos por el constituyente, configuran verdaderas vías de hecho en cuanto permiten extender el ejercicio del poder punitivo del Estado a ámbitos no previstos en la Carta y en cuanto despojan al procesado de una garantía, que a la vez comporta un derecho fundamental.

Esto es así porque en un Estado constitucional, la racionalidad del derecho penal está supeditada a su carácter liberal y garantista y ella sólo es posible si las instancias del poder público ligadas a su configuración, aplicación y ejecución respetan los límites impuestos por el constituyente y resisten la tentación de extender su ámbito de ejercicio. Sólo respetando esos límites el derecho penal podrá afirmarse como un espacio político y jurídico legítimo. Y es menester que así lo haga, encontrándose, como está, avocado a la defensa de los supuestos mínimos de la convivencia pero, a la vez, limitando o privando a sus destinatarios de derechos fundamentales.

En atención a esa particular naturaleza, los desarrollos jurisprudenciales que se han hecho en esta Corporación se han orientado a afirmar el carácter de derecho fundamental de la prohibición de la reforma en perjuicio del procesado, a propiciar su defensa por vía de la acción de tutela y a afirmar su carácter de garantía plena<sup>3</sup>; igualmente, se han orientado a resaltar la insuficiencia del argumento referido a la inactividad de los demás sujetos procesales como fundamento de una competencia ilimitada del superior y ha determinar su prevalencia frente al principio de legalidad<sup>4</sup>.

3. La jurisprudencia ha dicho que la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado que es apelante único es un derecho fundamental. Y lo es en múltiples dimensiones. Lo es formalmente en cuanto ha sido dotado por el constituyente, de manera expresa, de esa calidad. Lo es materialmente porque se trata de un derecho del individuo que se ha transformado en derecho constitucional positivizado. Y lo es procesalmente en cuanto se trata de un derecho cuya formulación jurídica no está al alcance de los poderes jurídicos constituidos.

La no reformatio in pejus, como derecho fundamental, afianza un ámbito de realización del ser humano en un espacio concreto y, de forma correlativa, delimita el espacio de acción estatal. Si bien el Estado, tras la comisión de un delito, se halla legitimado para adelantar un proceso, demostrar la responsabilidad que les asiste a los autores o partícipes y someterlos a una pena, no puede hacerlo de cualquier manera pues debe respetar las barreras de contención impuestas por el constituyente. Y entre tales barreras se encuentran los derechos fundamentales de los individuos y, para lo que aquí interesa, aquél que le garantiza a un condenado que su pena no será agravada si está asistido de la calidad de apelante único.

El desconocimiento de ese derecho fundamental legitima al individuo para desencadenar mecanismos de control orientados al respeto de los límites impuestos al poder punitivo del Estado. Es cierto que éste, en determinados supuestos, puede desbordar tales límites. No obstante, también lo es que en esos casos el ciudadano ha sido dotado por el constituyente de un mecanismo de protección que le permite remover del mundo jurídico el acto lesivo de sus derechos y restaurar su disfrute. Esa es, en este caso, la razón de ser de la acción de tutela.

4. De acuerdo con lo expuesto, entonces, se tiene lo siguiente:

- La proscripción de la reforma en perjuicio del condenado es un derecho fundamental.
- Como derecho fundamental, la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado constituye un límite tanto a la competencia del superior que decide la apelación, como al poder punitivo del Estado.
- Cuando ese derecho fundamental se desconoce, se desborda uno de los límites impuestos

por el constituyente al ejercicio del poder penal del Estado, se configura una vía de hecho y hay lugar a su amparo constitucional.

5. En el caso presente, la situación concurrente es la siguiente:

- El juez de primera instancia encontró al actor responsable del delito de inasistencia alimentaria y por ello lo condenó a un año de prisión, multa de un día de salario mínimo legal mensual, indemnización de perjuicios materiales por \$8.205.664 e indemnización de perjuicios morales en cuantía de 70 gramos oro.
- El condenado, a través de su defensor, apeló y solicitó la disminución de la condena indemnizatoria. Fue el único apelante y no impugnó ningún otro acápite del fallo.

6. El motivo que tuvo el juez de segundo grado para proceder de esta manera fue el error en que incurrió el juez de primera instancia al desconocer que el delito de inasistencia es de ejecución permanente y al aplicar, en razón de ello, una pena que ya había sido derogada y no la pena que se encontraba vigente para tal conducta punible.

Esta percepción del superior es explicable pues el artículo 263 del Código penal adoptado por el Decreto 100 de 1980, disponía:

Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en arresto de seis (6) meses a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos.

Cuando se trate de un parentesco natural de consanguinidad, la acción penal se limitará a padres e hijos.

Esta norma fue modificada parcialmente por el artículo 270 del Código del Menor, así:

Cuando el delito de inasistencia alimentaria se cometa contra un menor, la pena será de prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de uno (1) a cien (100) días de salarios mínimos legales.

Además de lo previsto por el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, el juez, al otorgar la libertad provisional, determinará las garantías que deban constituirse para el

cumplimiento de la obligación alimentaria.

Se impone precisar que el inciso segundo del artículo 263 del Decreto 100 de 1980 fue declarado inexecutable por la Corte en la Sentencia C-125-96.

Ese régimen legal del delito de inasistencia alimentaria fue modificado por el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, norma que tipificó ese injusto de la siguiente manera:

Inasistencia alimentaria. El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor de catorce (14) años.

Como se advierte, en el Código penal de 2000 el régimen penal de la inasistencia alimentaria varió ostensiblemente. De una pena de arresto, como regla general, se pasó a una pena de prisión y su duración es mucho mayor. La pena también se incrementó cuando el delito se comete contra menores de catorce años. Finalmente, la pena de multa es mucho más alta.

Como este nuevo régimen entró en vigencia el 24 de julio de 2001 y dado que el actor, en segunda instancia, fue encontrado responsable del delito de inasistencia alimentaria cometido entre noviembre de 2000 y octubre de 2002, el juez consideró que debía aplicarse de preferencia sobre el régimen penal anterior<sup>5</sup>. Ello explica la consecuente agravación de la condena.

7. Ese proceder del juez de segunda instancia es ilegítimo, pues:

- Es cierto que el delito de inasistencia alimentaria es de ejecución permanente y que, por lo menos para el injusto consumado desde la entrada en vigencia del nuevo régimen, debió tenerse en cuenta la pena correspondiente al último momento de ejecución y no aquella aplicable al primer momento y ya derogada.

- No obstante, el proceso suministraba suficientes oportunidades para permitir la

adecuación de la pena al principio de legalidad y para hacerlo sin que a favor del condenado surgiera el derecho a la proscripción de la reforma en perjuicio. Sólo era necesario que la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio Público impugnaran el fallo para que el principio de legalidad de la pena no se socavara. Si lo hubieran hecho, el juez tenía el camino expedito para corregir el fallo, sin contrariar por ello derecho fundamental alguno.

- Lejos de ello, ni la Fiscalía General de la Nación, ni el Ministerio Público impugnaron el fallo. Como no lo hicieron, permitieron que el condenado asumiera la calidad de apelante único y que en su favor se consolidara el derecho fundamental que le proscribía al superior agravar la pena.

- El superior se percató del error en que había incurrido el juez de primera instancia. Sin embargo, pese a haberse percatado, no estaba legitimado para adecuar la pena al principio de legalidad: El derecho fundamental radicado en el sentenciado se lo impedía. Qué duda cabe que el Estado tuvo la oportunidad de cumplir ese cometido. Pero perdió esa oportunidad, por conducta no imputable al juez, desde luego. Habiendo perdido esa ocasión, el juez se hallaba en el deber de respetar el derecho fundamental surgido a instancias de esa omisión.

- Claro, el principio de legalidad también tiene raigambre constitucional. Sin embargo, el constituyente no ha dicho que para sacar adelante ese principio se han de sacrificar los derechos fundamentales. Por el contrario, estas facultades históricamente reconocidas y positivizadas, fueron asumidas por él como inalienables al ser humano y como determinadoras de su dignidad.

- Cuando el mismo ordenamiento otorga instrumentos jurídicos para que el principio de legalidad se respete sin menoscabar por ello derechos fundamentales, no puede optarse por la opción contraria: El juez, como supremo defensor de la legalidad no tiene cabida en el Estado constitucional si en cumplimiento de ese cometido ha de desconocer los derechos fundamentales del individuo. Hoy su compromiso es mucho más alto: No sólo es un fiel guardián de la ley es, fundamentalmente, un realizador de la justicia en un marco normativo que vincula a la ley y que para aquél resulta ineludible: La Carta Política.

En estas condiciones, para la Sala es claro que el Juzgado 26 Penal del Circuito, al agravar la condena impuesta al actor, vulneró el derecho fundamental que proscribía la reforma en

perjuicio del procesado.

8. Ahora bien. Podría argumentarse que el procesado contaba con la posibilidad de invocar la casación discrecional del fallo proferido por el Juzgado 26 Penal del Circuito y que por ello, si bien se está ante la vulneración de un derecho fundamental, no hay lugar a su amparo constitucional por no haber hecho uso, de manera oportuna, de otro medio de protección.

No obstante, la Corte, en supuestos como el presente, tal como el que se resolvió en la Sentencia SU-327-99, ha descartado que la casación discrecional constituya un medio idóneo y eficaz de protección por la sencilla razón que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como instancia competente para conocer de ese recurso extraordinario, tiene definida su postura en el sentido que el superior puede agravar la pena impuesta por el inferior con violación del principio de legalidad.

Por lo tanto, dada la ineficacia de la casación discrecional como medio de protección del derecho fundamental vulnerado, se impone su amparo constitucional, motivo por el cual se revocará la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá y se tomarán las medidas necesarias para salvaguardar la proscripción de la reforma en perjuicio que ampara al actor.

#### IV. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Primero. Revocar la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 13 de junio de 2003.

Segundo. Tutelar el derecho fundamental que tiene Julio Rodríguez Vargas a que el Juzgado 26 Penal del Circuito no agrave la condena impuesta en primera instancia por el Juez 42 Penal Municipal.

Tercero. Declarar la nulidad de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Penal de Circuito el

11 de marzo de 2003.

Cuarto. Ordenar al Juzgado 26 Penal de Circuito que al resolver el recurso interpuesto por Julio Rodríguez Vargas limite su decisión al punto de inconformidad planteado por él.

Quinto. DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

1 Magistrado Ponente, Dr. José Gregorio Hernández.

2 Corte Constitucional. Sentencia T-1722 de 2000. Magistrado Ponente, Dr. Jairo Charry Rivas.

3 Corte Constitucional. Sentencia C-055 de 1993. Magistrado Ponente, Dr. José Gregorio Hernández.

4 Corte Constitucional. Sentencia SU-327 de 1995. Magistrado Ponente, Dr. Carlos Gaviria

Díaz.

5 Este argumento es discutible: Quien sea condenado por el delito de inasistencia alimentaria cometido por espacio de dos años y en vigencia de la Ley 599 de 2000, no puede ser condenado a la misma pena de quien cometió ese delito también por espacio de dos años pero el primero en vigencia del régimen penal anterior y el segundo bajo el nuevo régimen pues no puede ignorarse que para el primer año la pena es más benévola. Lo contrario implicaría que, respecto del primer año, se impondría una pena más grave y no prevista al tiempo de la consumación del comportamiento.