

T-289-94

Sentencia No. T-289/94

ACCION DE TUTELA-Vigencia

Se infiere de los elementos de juicio señalados, que la providencia impugnada y las actuaciones tanto del Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencio, como del Tribunal Nacional de Orden Público y de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, ocurrieron mucho antes de que entrara a regir la nueva Constitución. No obstante, siguen produciéndose sus efectos en la actualidad, por cuanto el condenado -accionante de tutela- se encuentra purgando la pena impuesta y agravada por el Tribunal Superior de Villavicencio.

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Improcedencia/CONSULTA

No tiene cabida la “reformatio in pejus” pues se trata de una revisión hecha por el superior en grado jurisdiccional de consulta, el cual la excluye, no obstante se haya formulado el recurso de apelación. En efecto, la consulta tiene lugar cuando el legislador dispone que la sentencia sea necesaria y oficiosamente revisada por el superior, sin lo cual no se ejecutoria. No se trata de ningún recurso, puesto que nadie lo interpone y no rige el principio de la “reformatio in pejus” para la competencia del superior y el alcance de su decisión. Así, si la sentencia es consultable de oficio -como lo dispone el Decreto 1861 de 1989, y así lo ordenó la sentencia del Juzgado Cuarto Especializado-, como la consulta da competencia para reformar en cualquier sentido la decisión, el superior puede agravar la condena que en primera instancia haya habido contra la parte en razón de la cual se establece tal consulta.

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS-Improcedencia

No puede el juez de tutela entrar a modificar dicha decisión ya que se encuentra ajustada a las normas que regulan el procedimiento penal, pues ello desborda su órbita y ámbito de competencia. Y más aún, cuando se dá como así sucede en el presente asunto, la existencia de una decisión con fuerza de cosa juzgada. Teniendo dicha decisión el carácter de sentencia ejecutoriada, que ha hecho tránsito a cosa juzgada, y no dándose la existencia de una de las denominadas “vías de hecho”, es improcedente la demanda de tutela.

PETICIONARIO: Alirio Duarte Forero contra el Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencio.

PROCEDENCIA: Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá.

TEMA: El Debido Proceso y el principio de la no reformatio in pejus.

“No es procedente el principio constitucional de la “no reformatio in pejus”, cuando el fallo de primera instancia, por ministerio de la ley tenga el grado jurisdiccional de la consulta, así haya sido recurrida por uno o varios procesados, ya que el superior adquiere plena competencia para revisar el fallo y tomar las determinaciones que juzgue pertinentes”.

MAGISTRADO PONENTE:

DR. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santa Fé de Bogotá, D.C., Junio 21 de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

Procede la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados HERNANDO HERRERA VERGARA, ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO Y FABIO MORON DIAZ, a revisar los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Bogotá, el día 6 de enero de 1994 y por el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, el 3 de febrero de 1994, en el proceso de la referencia, instaurado por el ciudadano Alirio Duarte Forero a través de apoderado.

El negocio llegó a conocimiento de esta Sala de Revisión por la vía ordinaria de la remisión que hizo el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, en virtud a lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Conforme a los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Tercera de Selección de la Corte Constitucional escogió para efectos de revisión la presente acción de tutela.

#### I. INFORMACION PRELIMINAR.

El accionante, a través de apoderado promueve acción de tutela en orden a obtener la readecuación de la sentencia proferida en contra suya por el Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencio, la que al ser revisada en segunda instancia le agravó la pena impuesta,

incrementándola de 4 a 8 años de prisión. En tal virtud, solicita se le reconozca el derecho fundamental al debido proceso y en concreto, en lo que hace al principio de la favorabilidad penal, situaciones que darían lugar a la libertad incondicional e inmediata por el cumplimiento de la pena.

El apoderado del actor fundamenta la demanda, en los siguientes

#### HECHOS :

"1. El señor ALIRIO DUARTE FORERO fue capturado el 24 de julio de 1989 y desde esa época se encuentra privado de la libertad (hoy en la Penitenciaría Central de Colombia "LA PICOTA").

"2. El señor DUARTE FORERO fué enjuiciado y condenado en primera instancia, por un Juez de Orden Público de Villavicencio a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, o sea, cuatro (4) años.

"3. El Dr. MIGUEL OROZCO TORRES, defensor para esa época del señor ALIRIO DUARTE FORERO, recurrió la sentencia como APELANTE UNICO.

"4. El Tribunal de Orden Público (HOY NACIONAL), confirmó la sentencia de primera instancia, MODIFICANDO LA ADECUACION TIPICA AUMENTANDOLA EN CUATRO (4) AÑOS MAS, para un total de OCHO (8) AÑOS DE PRISION.

"5. Las sentencias de 1a. y 2a. instancia fueron dictadas bajo la vigencia de la Constitución Política de 1.886 (hasta aquí no se ha violado ninguna disposición de orden constitucional o legal).

"6. El 25 de octubre de 1993, el condenado DUARTE FORERO, me concedió poder especial, amplio y suficiente para ejercer su defensa con amplias facultades legales.

"7. En la misma fecha y estudiado el expediente, me pude dar cuenta que en el caso del señor DUARTE FORERO operaba el principio de la favorabilidad, y, como tal, de inmediato presenté un memorial solicitando SE READECUARA LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA a la nueva normatividad del artículo 31 de la C.N. y de conformidad a lo establecido en el 516 del C. de P.P., con el argumento principal de la prohibición contenida en la norma

constitucional, de agravar la pena impuesta en la Sentencia de Primera Instancia CUANDO EL CONDENADO SEA APELANTE UNICO.

“8. El Juez Regional de Santa Fe de Bogotá, D.C., que conoce en primera instancia, negó mi solicitud con el pobre argumento de que en la fecha en que se produjo el fallo incoado, ERA PROCEDENTE LA CONSULTA DE LA SENTENCIA EN PRIMERA INSTANCIA, lo que SIGNIFICABA QUE ASI NO HUBIESE SIDO OBJETO DE APELACION EL MENTADO FALLO, EL TRIBUNAL DE ORDEN PUBLICO TENIA LA FACULTAD Y COMPETENCIA DE REVISAR EL FALLO.

“9. Ante la negativa, interpuse el recurso de APELACION PARA ANTE EL TRIBUNAL NACIONAL, el cual fué sustentado en tiempo y luego del trámite correspondiente, tal Corporación, confirmó el fallo apelado, desoyendo mis argumentos.

10. “Tanto el Juez de Primera Instancia, como el Tribunal Nacional DESCONOCIERON FLAGRANTEMENTE el contenido del artículo 334 de la Ley 81 de Noviembre 2 de 1993 que modificó el 217 del C. de P.P., aplicablem (SIC) al presente caso en virtud al mandato Constitucional y Legal consagrado en el artículo 29, incisos 3o. y 6o. de la C.P. y 10o. del C.de P.P. que dispone (...).

“En el presente caso ninguno de los sujetos procesales mencionados recurrieron el fallo de primera instancia y POR TANTO NO SE PODIA AGRAVAR LA PENA IMPUESTA, por imperiosa prohibición de las normas citadas debiéndose aplicar el principio de la favorabilidad”.

## P R E T E N S I O N E S :

Con fundamento en los hechos expuestos, el apoderado del accionante, recluso en la Penitenciaría Central “La Picota”, solicita se readeque la sentencia de segunda instancia y se reconsidere su situación jurídica, ordenando su libertad inmediata e incondicional, por pena cumplida.

## II. LAS DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

### A. Sentencia de Primera Instancia.

El Juzgado Cuarto Penal Municipal de Santa Fé de Bogotá, mediante providencia de enero 6 de 1994, resolvió negar la solicitud de tutela instaurada, con base en que “no se quebrantó el

debido proceso ni su principio material referido a la favorabilidad penal, dado que en el asunto planteado no operaba la prohibición treinta y uno constitucional”.

Fundamentó lo anterior, en los siguientes argumentos:

“La decisión del por entonces Juzgado Cuarto Especializado tenía que ser sometida a revisión de segundo grado, por lo que surge obvio que se imponía la corrección del fallo para ajustarlo a estricta legalidad. En este sentido, no era que se hiciese más gravosa la situación del sentenciado, era que, por mandato legal forzoso resultaba cobijarlo con la sanción que en estricto derecho le correspondía, sin que, a este tenor, sea válida una aplicación retroactiva y favorable del artículo 31 de la C.P. Con acierto puntualizó el Tribunal Nacional que “Cuando se ha previsto la consulta, la esencia de la figura constitucional desaparece en tanto por encima de la voluntad del procesado sobre la revisión de la providencia, se halla la ley ordenándola de manera automática, primando como es obvio el interés general sobre el interés particular del acusado”.

(...)

“El Tribunal en sentido estricto no agravó la pena impuesta por el Juzgado Superior a-quo, sino que ajustó la tasación punitiva a la normatividad aplicable según el fallo recurrido, en acatamiento al principio de la legalidad de la pena que forma parte principal de la garantía fundamental del debido proceso, consagrada en forma expresa y reiterativa en la Carta (arts. 29 y 230).

(...)

“De modo que resultaba protuberante el tamaño desacierto que, por imperativo legal, tuvo que enmendar la Superioridad al explicitar: “Lo que no resulta acertada es la dosimetría de la pena, pues aun cuando se puede predicar la buena conducta anterior del procesado, el mínimo señalado en la norma infringida, Art. 33 de la Ley 30 de 1986, debe duplicarse, en razón a la cantidad de droga incautada, superior a los cinco kilos de cocaína, tal como lo dispone el Art. 38, numeral 3o., de la citada ley, -y se consideró en el calificadorio o pliego de cargos-. Por tal motivo, la pena principal que legalmente le corresponde a DUARTE FORERO, es la de OCHO AÑOS de prisión”. (página 11 de la sentencia).

“4. En estas condiciones, para el Despacho surge evidente que no se quebrantó el debido proceso ni su principio material referido a la favorabilidad penal, dado que en el asunto planteado no operaba la prohibición treinta y uno constitucional.

“5. Una última cosa: parécenos que de haberse quebrantado el Artículo 31 Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, al considerar el recurso extraordinario, necesariamente habría casado parcial y oficiosamente el fallo. Pero visto está que ningún reparo le mereció el incremento punitivo, y entonces simplemente resolvió: “Denegar la casación impetrada”.

En suma, sin que sea dable la aplicación del principio de favorabilidad, ni se haya quebrantado el debido proceso, la tutela demandada no está llamada a prosperar. Solo con trabajo y buena conducta, podrá el sentenciado redimir su pena” (negritas fuera de texto).

#### B. La Impugnación.

Inconforme con la decisión del a-quo, el peticionario la impugnó reiterando los argumentos de la demanda, esto es, la presunta violación del derecho al debido proceso por la no aplicación del principio de la favorabilidad y la consecuencial imposición de una pena mayor a la impuesta por el juez inferior, contrariando la Constitución en cuanto ella dispone que el Superior no puede agravar la pena cuando el condenado sea apelante único.

Sostiene que es la misma Corte Constitucional la que ha sentado la premisa según la cual, la acción de tutela procede cuando se demuestre que la conculcación al derecho fundamental sea manifiesta y no exista ningún otro mecanismo de defensa judicial, como sucede en este caso.

#### C. La Decisión de Segunda Instancia.

Correspondió conocer de la impugnación al Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, el cual mediante providencia de fecha 3 de febrero del año en curso, confirmó la sentencia de primera instancia. Sostuvo en su pronunciamiento el Juzgado:

“... Un estudio concienzudo de los diversos pronunciamientos que se han allegado ante la reiterativa petición del doctor GERMAN CORTES HUERTAS (apoderado del accionante) permiten concluir que en verdad no ha habido vulneración al Derecho Fundamental que invoca.

Efectivamente, la naturaleza misma de la actuación procedimental que se adelantó en la investigación surtida a raíz del comportamiento delictivo ejecutado por el procesado ALIRIO DUARTE FORERO al infringir el Estatuto Nacional de Estupefacientes-Ley 30 de 1986- admitía una sanción punitiva que al ser esgrimida en primera instancia no cobijó el cumplimiento estricto del ordenamiento de tipo legal, no quedando otra opción al superior jerárquico que la de subsanar mediante nuevo fallo dicha irregularidad de carácter sustancial, impartiendo para el efecto la pena que en derecho correspondía”.

Bajo éstos presupuestos, es claro traer a comentario la Casación No. 6304 de Julio 29 de 1992 que con ponencia del doctor DIDIMO PAEZ VELANDIA, de manera transcrita aduce:

“... la legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino para el Estado igualmente pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre la autoridad judicial legítima ha de ser desarrollado solamente en las condiciones prescritas en la ley, y no puede ser soslayado por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorado por el juez al que jerárquicamente le compete revisar el pronunciamiento precisamente en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones...” (lo subrayado es nuestro).

Y, que para concluir sostiene:

“...Resulta claro entonces que el artículo 31 C.N. al consagrar la garantía de la no agravación punitiva cuando es impugnante único el procesado, no está dando patente de curso a la ilegalidad ni al caos jurídico, pues la garantía como tal presume que el acto haya sido cumplido dentro de la legalidad...” (lo subrayado de éste Juzgado).

Retomando así lo arguido por el a-quo, es imperioso señalar que en momento alguno se estaba haciendo “más gravosa la situación del sentenciado”, sino que “forzosamente debía ser cobijado con la sanción correspondiente”, sin que para el efecto tuviera cabida alguna la estimación de una aplicación al principio de la favorabilidad; situación muy contraria a la que expone el impugnante a nivel de ejemplo con el fallo de tutela de la H. Corte Constitucional (...). Se recuerda entonces al accionante cómo en la situación jurídica de su protegido, incluída la calificación del mérito procesal se estimaba la circunstancia de agravación prevista en el numeral 3° del art. 38 de la Ley 30 de 1986..., la que no fuera advertida en el fallo dictado con posterioridad a la citación para audiencia, mereciendo, como es lógico, la modificación pertinente que hiciera el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Villavicencio”.

En virtud a las consideraciones transcritas y al haber encontrado que no se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, que comprende en conjunto, principios materiales y formales entre otros, el de la favorabilidad penal, el Juzgador ad-quem concluyó que el proveído de primera instancia se ajustaba a derecho y por ende, era menester confirmarlo.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

#### Primera. La Competencia.

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia en relación con el fallo dictado por el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral noveno de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### Segunda. Cuestiones Preliminares.

Encuentra la Sala de Revisión, que la presente solicitud se dirige a obtener que mediante el fallo de tutela se “readecúe” la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencio, y a que se ordene la “liberación inmediata e incondicional”, por pena cumplida. Estima el accionante que dicho despacho judicial desconoció el derecho fundamental al debido proceso, y específicamente el principio constitucional de la favorabilidad penal y la no reformatio in pejus, que en su criterio fueron violados al agravarse por el Tribunal Superior de Villavicencio la pena impuesta, incrementándola de 4 a 8 años de prisión.

Agréguese a ello, que el proceso penal materia de la demanda de tutela se surtió así: conoció en primera instancia el Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencio, quien por sentencia de julio 11 de 1990 condenó al señor DUARTE FORERO a la pena principal de prisión de 4 años; dicha sentencia fue apelada ante el Tribunal de Orden Público de Villavicencio, quien mediante fallo de septiembre 12 de 1990, la modificó aumentándola a 8 años (esto bajo la vigencia de la Carta Política de 1.886). Decisión ésta que luego fue objeto del recurso extraordinario de casación, el cual fue denegado por sentencia de septiembre 19 de 1991. Posteriormente, en el año de 1993, el apoderado del accionante encontró que a raíz de la

expedición de la nueva Carta Política, operaba el principio de la favorabilidad, y como tal, presentó solicitud de readecuación de la sentencia de segunda instancia a la nueva normatividad del artículo 31 de la Constitución Nacional, que prohíbe agravar la pena impuesta en la sentencia de primera instancia, cuando el condenado sea apelante único.

De dicha solicitud conocieron en primera instancia el Juez Regional de Santa Fé de Bogotá, y en apelación el Tribunal Nacional, quienes negaron la solicitud con el argumento de que en la fecha en que se produjo el fallo incoado, era procedente la consulta de la sentencia de primera instancia, lo que significaba que así no hubiese sido objeto de apelación el citado fallo, el Tribunal de Orden Público tenía la facultad y competencia para revisar el fallo.

Manifestó el apoderado del peticionario, que en este caso no era posible agravar la pena impuesta por imperiosa prohibición de las normas constitucionales y legales, debiéndose aplicar el principio de la favorabilidad, ya que ninguno de los sujetos procesales mencionados recurrieron el fallo de primera instancia.

En virtud a las consideraciones anteriores, debe determinar la Sala la procedencia en este asunto de la acción de tutela, para lo cual deberá definir si existió por parte del accionado una actuación contraria a la Constitución -artículo 31 o principio de la no reformatio in pejus-, o si por el contrario, la misma se ajustó a las normas legales que regulan el procedimiento penal y el grado jurisdiccional de la consulta.

Tercera. De la vigencia de la Acción de Tutela cuando los hechos ocurrieron antes de la expedición de la Constitución de 1991.

Encuentra la Sala que los hechos que motivaron la acción de tutela que se revisa, tuvieron ocasión a partir del año de 1989. Por tanto, debe, en primer lugar, analizarse si resulta procedente la acción de tutela para la protección del derecho constitucional fundamental al debido proceso del accionante, frente a situaciones ocurridas antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

Sobre el particular, señaló esta Corte:

“En efecto, la acción que nos ocupa ha sido concebida como procedimiento preferente y sumario para la defensa inmediata de los derechos fundamentales, lo cual implica que su

efectividad reside en la posibilidad de que el juez, si encuentra que en realidad existe la vulneración o la amenaza alegada por quien pide protección, imparta una orden para que, como lo dice la Constitución, aquél contra quien se intenta la tutela actúe o se abstenga de hacerlo.

“Es forzoso concluir que si tal es el objeto de la tutela, ninguna razón se tiene para admitirla cuando ya las situaciones que pueden haber dado lugar o ser consecuencia de hechos u omisiones violatorias de derechos fundamentales quedaron definidas, pues de entenderse lo contrario, se vería desvirtuada la naturaleza de la institución”.<sup>1</sup>

Respecto de las situaciones en que los hechos materia de la demanda de tutela se presentaron con anterioridad a la vigencia de la Carta Política de 1991, pero cuyos efectos se mantienen a lo largo del tiempo, ha establecido la Corte:

“Considera la Corte Constitucional que debe existir una diferencia entre las situaciones que generaron una vulneración del derecho pero que concluyeron en su momento y las que permanecen en el tiempo por el no desaparecimiento de su contenido esencial. En relación con las primeras, revivirlas sería atentar contra el principio de la seguridad jurídica; frente a las segundas, es probable que se configure la vulneración de un derecho fundamental, con fundamento en el principio de retrospectividad, por lo que la fecha del acto acusado no constituye el factor determinante para establecer la improcedencia de la acción de tutela. Lo importante pues es que la violación al derecho sea actual, esto es, que persista al momento de resolverse la tutela”.<sup>3</sup>

En otro pronunciamiento de esta misma Sala de Revisión, se dispuso:

“En numerosas oportunidades, la Corte Constitucional ha establecido que en aquellas situaciones ocurridas antes de la vigencia de la Carta Política, que hayan violado o amenazado los derechos constitucionales fundamentales de una persona, no resulta procedente la admisión de una acción de tutela, toda vez que se refiere a situaciones consumadas de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4o. del artículo 6o. del decreto 2591 de 1991.

“Debe esta Sala de Revisión reiterar que la aplicación del artículo 6o. del decreto citado, para casos como el que se estudia, requiere que los actos y los efectos del mismo se hayan

consumado bajo el régimen constitucional anterior y que, por tanto, no mantengan su vigencia jurídica dentro del nuevo ordenamiento constitucional”.

De acuerdo con lo anterior, corresponde examinar si los hechos que presuntamente vulneraron los derechos constitucionales fundamentales del peticionario, se consumaron o no bajo el imperio de la Constitución de 1991. En caso de que la violación del derecho subsista, deberá analizarse si la acción de tutela procede de acuerdo con la situación en particular.

Pues bien, se infiere de los elementos de juicio señalados, que la providencia impugnada y las actuaciones tanto del Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencio, como del Tribunal Nacional de Orden Público y de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, ocurrieron mucho antes de que entrara a regir la nueva Constitución. No obstante, siguen produciéndose sus efectos en la actualidad, por cuanto el condenado -accionante de tutela- se encuentra purgando la pena impuesta y agravada por el Tribunal Superior de Villavicencio en la Penitenciaría Central de Colombia, “La Picota”.

Tercera. Del principio constitucional de la “no reformatio in pejus”.

La reformatio in pejus (reforma en perjuicio) es una prohibición al juez superior de hacer más gravosa la situación del apelante, modificando la providencia recurrida cuando ésta no ha sido a su vez objeto de impugnación por la contraparte.

Así, al superior no le es permitido por expresa prohibición constitucional, empeorar la pena impuesta al apelante único. Sobre el particular, el artículo 31 de la Constitución Política dispone:

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

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

Así, cuando la Constitución establece la prohibición de “agravar la pena impuesta al condenado”, se está ocupando de los casos en que el juez de primera instancia haya definido

la responsabilidad penal condenando e imponiendo una pena, obviamente por un tipo legal determinado previamente atribuido en el proceso. La expresión “agravar la pena impuesta” implica que hay una pena impuesta que puede ser incrementada, hipótesis única en que cabe atender la prohibición. No así cuando la pena se disminuye en la apelación, puesto que ello además de favorecer al procesado, no está vedado por el texto superior. Agravar significa “aumentar o hacer más grave”, lo que por petición en principio indica que existe un supuesto que puede ser incrementado o siendo perjudicial acrecienta el perjuicio.

Por su parte, la expresión “apelante único”, requisito necesario para limitar las facultades del juez de segunda instancia, no hace relación exclusiva al número de recurrentes de la sentencia condenatoria, sino a la naturaleza de sus pretensiones.

Sobre este particular, cabe reiterar lo sostenido por esta Corte:

“La prohibición de la “reformatio in peius” o reforma peyorativa es un principio general del derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (CP art. 29)....”

“La interdicción de la reforma en perjuicio del condenado constituye, igualmente, una garantía procesal fundamental del régimen de los recursos, a su vez contenido en el derecho de defensa y en el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Al superior no le es dable por expresa prohibición constitucional empeorar la pena impuesta al apelante único, porque al fallar ex-officio sorprende al recurrente, quien formalmente por lo menos no ha tenido la posibilidad de conocer y controvertir los motivos de la sanción a él impuesta, operándose por esta vía una situación de indefensión. (...)

“Además de limitar el poder punitivo del Estado, de garantizar la efectividad del derecho fundamental de defensa y de favorecer al condenado con la revisión de la sentencia dentro del único marco de las pretensiones solicitadas, la reformatio in peius extendida al plano penal, avala y garantiza la operancia del sistema acusatorio.... La reformatio in peius refuerza el carácter dispositivo y no “ex-officio” del sistema acusatorio e impone a los cuerpos judiciales superiores límites en la esfera de su poder sancionatorio.

“De la prohibición contenida en el artículo 31 de la Constitución deriva la imposibilidad de un fallo extra-petita, el cual sólo podría constitucionalmente aceptarse si otras partes del

proceso penal, dependiendo de la naturaleza de sus pretensiones, recurren la sentencia condenatoria. Aunque el recurso de apelación suscita un “novum iudicium”, la libre facultad decisoria del fallador está sujeta a las limitaciones materiales que imponen las pretensiones elevadas por las partes...”<sup>2</sup>

En el presente caso, el exceso de graduación punitiva, se cuestiona desde dos ángulos distintos aunque complementarios. El primero, se relaciona con el exceso de la condena en sí mismo, en cuanto se ordenó por el Tribunal Nacional al decidir el recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencia, una adición a la pena de prisión impuesta de 4 a 8 años. El segundo, se refiere a la prohibición constitucional que pesa sobre el superior para acrecentar la pena impuesta al apelante que tenga el carácter de “apelante único”.

A juicio del apoderado del actor, el exceso de pena originada en la sentencia del Juez de segunda instancia que el peticionario purga en la actualidad, si bien pudo tener asidero legal, en la hora presente pugna con la Constitución.

En este sentido, la sentencia en cita No. T-474 de 1992, señaló que “una decisión más gravosa de la pena impuesta al condenado y apelante único que desestime dichas limitaciones, vulnera los derechos fundamentales de defensa y debido proceso, por lo cual debe ser excluida del ordenamiento jurídico”.

Pues bien, estima esta Sala de Revisión que no podría argüirse en el presente caso que el Tribunal Nacional de Orden Público incurrió en la prohibición constitucional mencionada - artículo 31- al revocar la decisión de primera instancia donde el Juzgado Cuarto Especializado impuso una condena penal de prisión de 4 años, aumentándola a 8 años, porque median razones que excluyen la aplicación de la figura o del principio que nos ocupa, los cuales se explican a continuación.

Es de anotar en primer lugar, que no obstante en este caso existió la formulación del recurso de apelación por parte del señor DUARTE MEDINA en su calidad de apelante único, lo cual en principio haría aplicable lo dispuesto en el artículo 31 constitucional, debe subrayarse que la materia propia del juicio en el cual fue condenado el actor, obligaba a que dicha providencia fuese consultada ante el superior jerárquico.

Así lo dispuso el numeral décimo de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencio, que dijo:

“DECIMO. Si no fuere apelada esta sentencia, se ordena consultarla con la Sala Penal del H. Tribunal Superior, conforme a lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1861 de 1989”.

En virtud a lo anterior, debe anotar la Sala de Revisión que no tiene aquí cabida la “reformatio in pejus” pues se trata de una revisión hecha por el superior en grado jurisdiccional de consulta, el cual la excluye, no obstante se haya formulado el recurso de apelación. En efecto, la consulta tiene lugar cuando el legislador dispone que la sentencia sea necesaria y oficiosamente revisada por el superior, sin lo cual no se ejecutoria. No se trata de ningún recurso, puesto que nadie lo interpone y no rige el principio de la “reformatio in pejus” para la competencia del superior y el alcance de su decisión.

Así, si la sentencia es consultable de oficio -como lo dispone el Decreto 1861 de 1989, y así lo ordenó la sentencia del Juzgado Cuarto Especializado-, como la consulta da competencia para reformar en cualquier sentido la decisión, el superior puede agravar la condena que en primera instancia haya habido contra la parte en razón de la cual se establece tal consulta.

Es necesario hacer claridad sobre este particular, por cuanto puede dar lugar a indebidas interpretaciones: lo que la norma constitucional -artículo 31- establece, es que se prohíbe la agravación de la pena en los casos en que haya un apelante único y no exista el grado jurisdiccional de la consulta.

Por el contrario, el superior jerárquico está plenamente facultado para reformar en cualquier sentido la decisión y agravar la condena, cuando se dá el grado jurisdiccional de la consulta como obligatoria para determinado tipo de procesos, como el que es materia de revisión, según lo dispone el artículo 14 del Decreto 1811 de 1989. Ello, no obstante exista de manera concomitante o simultánea con el grado de la consulta, la formulación del recurso de apelación por parte de “un apelante único”.

En este sentido, la sentencia No. C-055 de febrero 18 de 1993, Expediente No. D-133, MP. Dr. Jose Gregorio Hernández Galindo, definió lo relacionado con el principio de la “no reformatio in pejus” y la existencia del grado jurisdiccional de la consulta, en el siguiente sentido:

#### “4. Procedencia de la Consulta.

Al tenor del artículo 31 de la Constitución, toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada salvo las excepciones que consagre la ley.

La consulta es un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud por ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.

La consulta es una figura distinta de la apelación. Se surte obligatoriamente en los casos y con las características que defina la ley, sin contar con la voluntad de las partes. A diferencia de la apelación, no es un recurso. Por eso no hay apelante y, por ende, la competencia del juez de segundo grado no depende de si una sola o ambas partes aspiran a la modificación de la sentencia proferida en primera instancia, de tal manera que goza de atribuciones suficientes para reformar y aún revocar el proveído que se somete a su conocimiento. Pero, desde luego, habrá de tenerse en cuenta el motivo de la consulta, es decir, el interés que con ella se busca tutelar, a fin de establecer, dentro de las características propias que ofrece en las distintas jurisdicciones, hasta dónde podría llegar el juzgador en el momento de introducir cambios a la providencia en cuestión.

De lo dicho se concluye que el argumento del actor en cuanto a la posible contradicción del artículo 434 acusado con el 31 de la Carta por hacer imposible la garantía que prohíbe la “reformatio in pejus” es a todas luces equivocada.

“...De otro lado, en cuanto a la consulta ya establecida y regulada en un determinado ordenamiento legal, no tiene sentido que su procedencia se relacione con la “reformatio in pejus” ya que, según lo dicho, este nivel de decisión jurisdiccional no equivale al recurso de apelación y, por ende no tiene lugar respecto de ella la garantía que específica y únicamente busca favorecer al apelante único.

La norma cuestionada no hace cosa distinta de desarrollar la previsión constitucional definiendo cuándo procede y cuándo no el grado de consulta en los procesos de la justicia penal militar” (negrillas fuera de texto).

A lo anterior, debe agregarse lo que ha señalado sobre el particular la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, la cual comparte plenamente esta Sala de Revisión, en relación con la inaplicabilidad del principio de la “no reformatio in pejus” cuando se da la existencia del grado jurisdiccional de consulta. Dicha Corporación, en providencia de julio 31 de 1992 manifestó:

“Del contenido de la anterior disposición constitucional [artículo 31] se tiene que como regla general todas las sentencias son recurribles o consultables, salvo las excepciones que determina la ley.

El artículo 210 de la C.P.P. (modificado por el artículo 14 del Decreto 1861 de 1989) enseña que son consultables cuando contra ellas no se hubiere interpuesto recurso de apelación. “La sentencia y el auto de cesación de procedimiento, cuando el delito por el que se procede constituya infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, o se trate de delitos tipificados por el gobierno con base en las facultades de estado de sitio o emergencia económica, o de delitos cuya investigación se atribuya por el ejecutivo a determinados jueces, con base en las facultades del artículo 121 de la C.N.”.

Si la sentencia no tiene el grado de consulta y solamente es recurrida por el condenado (...) o su defensor, el superior no podrá agravar la pena que se le haya impuesto en el fallo de primera instancia, pues ello viola la norma constitucional antes transcrita (...)” (negritas fuera de texto).

Por su parte, la misma Corporación, en sentencia de agosto 14 de 1991 señaló:

“Pero cuando el fallo de primera es a la vez recurrido por el Ministerio Público o por el representante de la parte civil, así sus intereses jurídicos versen sobre puntos diferentes, no podrá decirse que el procesado tiene la condición de “apelante único” y, en consecuencia, el superior podrá revisar el fallo sin limitación alguna y tomar las determinaciones que considere pertinentes, aún en contra de los intereses del procesado, como sería el aumentar las sanciones y revocar las absoluciones decretadas y en su lugar declarar la responsabilidad de los acusados mediante el fallo condenatorio correspondiente.

Tampoco tendrá operancia la norma constitucional [artículo 31] cuando el fallo de primera instancia, por ministerio de la ley tenga el grado jurisdiccional de la consulta, así haya sido

recurrida por uno o varios procesados, ya que el superior adquiere competencia plena para revisar el fallo y tomar las determinaciones que juzgue pertinentes. De no ser ello así, bastaría al procesado interponer el recurso de apelación contra ella, aún sin tener interés jurídico para impugnarla, como sería el caso del absuelto, lo cual resulta contrario al ordenamiento legal. De aceptarse tal postura, desaparecería el grado jurisdiccional de la consulta, que en la misma norma constitucional se menciona como imperativo, en los casos contemplados en la ley” (negrillas fuera de texto).

Con fundamento en lo anterior, debe concluir la Sala que en el presente asunto no existió por parte del Tribunal Superior de Villavicencio, en relación con la providencia que agravó la decisión del Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencio, una vulneración del artículo 31 constitucional, como así lo pretende el accionante. Ha sido clara y enfática la jurisprudencia de esta Corporación, así como la proveniente de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que no tiene operancia el principio constitucional de la no reformatio in pejus, cuando el fallo de primera instancia, por ministerio de la ley, tenga el grado jurisdiccional de la consulta, así haya sido recurrida por uno o varios procesados, ya que el superior adquiere competencia plena para revisar el fallo y tomar las determinaciones que juzgue pertinentes. En este caso, era el artículo 14 del Decreto 1811 de 1989, el que disponía que en el asunto materia de la demanda de tutela, era indispensable la consulta de la providencia del juez de primera instancia, en caso que no se interpusiera el recurso de apelación. Dicha disposición establece:

“Artículo 14. El artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

Artículo 210. Providencias consultables. Son consultables, cuando contra ellas no se hubiere interpuesto recurso de apelación, las siguientes providencias:

1. La sentencia y el auto de cesación de procedimiento, cuando el delito porque se procede constituya infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, o se trate de delitos tipificados por el Gobierno con base en las facultades de estado de sitio o de la emergencia económica, o de delitos cuya investigación se atribuya por el Ejecutivo a determinados jueces, con base en las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional.

(...)” (negrillas fuera de texto).

Existe por lo demás, a juicio de esta Sala de Revisión, una aplicación ajustada y conforme a la Constitución de las normas de procedimiento penal en el asunto sometido a estudio, por lo que no se encuentra vulneración alguna a las garantías propias del debido proceso. 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. ibídem-, era de 8 años y no de 4 como lo había dispuesto en citado Juzgado.

En este sentido, estima la Sala que no puede el juez de tutela entrar a modificar dicha decisión ya que se encuentra ajustada a las normas que regulan el procedimiento penal, pues ello desborda su órbita y ámbito de competencia. Y más aún, cuando se dá como así sucede en el presente asunto, la existencia de una decisión con fuerza de cosa juzgada, que fue sometida al exámen tanto del Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencio, como del Tribunal Superior de Villavicencio y de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia.

Al respecto, y siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, debe la Sala avalar las consideraciones que sobre el particular realizó el juez de tutela de primera instancia para denegar la solicitud de tutela:

“La decisión del por entonces Juzgado Cuarto Especializado tenía que ser sometida a revisión de segundo grado, por lo que surge obvio que se imponía la corrección del fallo para ajustarlo a estricta legalidad. En este sentido, no era que se hiciese más gravosa la situación del sentenciado, era que, por mandato legal forzoso resultaba cobijarlo con la sanción que en estricto derecho le correspondía, sin que, a este tenor, sea válida una aplicación retroactiva y favorable del artículo 31 de la C.P. Con acierto puntualizó el Tribunal Nacional que “Cuando se ha previsto la consulta, la esencia de la figura constitucional desaparece en tanto por encima de la voluntad del procesado sobre la revisión de la providencia, se halla la ley ordenándola de manera automática, primando como es obvio el interés general (expresado en la norma que dispone la consulta) sobre el interés particular del acusado”.

Sobre lo primero es imperativo volver la atención a la aludida jurisprudencia que, en asunto de análoga naturaleza, fijó los alcances de la reformatio in pejus, y de la que la citada Corporación hizo uso para reforzar su argumentación....

(...)

“El Tribunal en sentido estricto no agravó la pena impuesta por el Juzgado Superior a-quo, sino que ajustó la tasación punitiva a la normatividad aplicable según el fallo recurrido, en acatamiento al principio de la legalidad de la pena que forma parte principal de la garantía fundamental del debido proceso...” (negritas fuera de texto).

En estas condiciones, estima la Corte que no hubo vulneración del derecho fundamental al debido proceso y concretamente al principio de la favorabilidad y de la no reformatio in pejus, dado que en el asunto sometido a exámen no operaba la prohibición consagrada en el artículo 31 constitucional.

Lo anterior además se refuerza con el argumento según el cual, las providencias del Juzgado Cuarto Especializado y del Tribunal Nacional de Orden Público fueron sometidas a revisión por parte de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del recurso extraordinario de casación, la cual encontró ajustado el fallo del Tribunal, por lo que denegó la casación impetrada.

Por lo tanto, esta Sala habrá de confirmar el fallo materia de revisión, como así lo dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Agréguese a lo expuesto, no obstante es clara la improcedencia en el presente caso de la acción de tutela por los argumentos señalados, el hecho de que la presente demanda de tutela se dirige contra una providencia judicial que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Para el caso particular, se trata de providencias proferidas por el Juzgado Cuarto Especializado, el 11 de julio de 1990; por el Tribunal Superior de Villavicencio, Sala Penal, el 12 de septiembre de 1990, y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el día 19 de septiembre de 1991.

Así la Corte Suprema de Justicia al estudiar el recurso de casación formulado por el apoderado del accionante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior, lo desechó al encontrar ajustada dicha providencia al ordenamiento constitucional y legal, quedando de

esa manera en firme y con plenos efectos de cosa juzgada.

Para justificar las consideraciones precedentes, debe hacerse brevemente referencia a la jurisprudencia emanada de esta Corporación, y concretamente de esta misma Sala de Revisión, en relación con el tema de la tutela contra providencias judiciales ejecutoriadas o en firme. Al respecto, en la sentencia No. T-245 de mayo 20 de 1994, se dijo:

“En la sentencia No. C-543 de Octubre 1o. de 1992, la Sala Plena de la Corte Constitucional al declarar inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, señaló que la Acción de Tutela no es un mecanismo creado para controvertir providencias judiciales, con la excepción de los casos en que se utiliza como mecanismo transitorio para evitar perjuicios irremediables, con lo cual se eliminó toda posibilidad de concederla contra cualquier sentencia que ponga término a un proceso.

Tuvo como fundamento la Corporación para adoptar dicha posición<sup>1</sup>, el principio de la cosa juzgada, reconocido éste como un derecho constitucional fundamental” (negritas fuera de texto).

Aplicado lo anterior al asunto sub-exámene, debe manifestar la Sala que las sentencias proferidas por el Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencio, por el Tribunal Superior de Villavicencio y por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia objeto de la presente demanda de tutela, resolvieron materialmente una controversia judicial de carácter penal, contra la cual no procede ningún recurso o acción de carácter judicial, para efectos de controvertirla o impugnarla.

Por lo tanto, teniendo dicha decisión el carácter de sentencia ejecutoriada, que ha hecho tránsito a cosa juzgada, y no dándose la existencia de una de las denominadas “vías de hecho”, es improcedente la demanda de tutela, como así lo resolvieron tanto el ad-quem como el a-quo.

Debe subrayar esta Sala sobre el particular, que si se accediera a la solicitud de tutela, sin lugar a dudas se entraría en un proceso de incertidumbre e inseguridad, que atentaría contra los principios constitucionales y legales de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, pues ello daría lugar a que se pudiesen interponer acciones de tutela contra las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia y del H. Consejo de Estado, como una instancia adicional. Y no es

ese el propósito y el fundamento de esta novísima institución de protección y amparo de los derechos constitucionales fundamentales. No es un instrumento adicional o paralelo a los ya consagrados por la Constitución y el ordenamiento legal, sino que se trata de un “remedio extraordinario o excepcional” al que la persona afectada en uno de sus derechos fundamentales puede acudir para su inmediata protección.

Por lo tanto, a juicio de esta Sala de Revisión, no se presenta como erróneamente lo estima el accionante, una vulneración del principio del debido proceso ni del principio de la favorabilidad, pues el fallo proferido por el Tribunal Superior de Villavicencio que modificó la pena establecida por el Juzgado Cuarto Especializado de esa ciudad, se ajustó en todo a las normas de procedimiento penal que regulan la materia -Ley 30 de 1986, artículos 33 y 38 numeral 3o.-.

Sexta. Improcedencia de la Acción de Tutela en el asunto materia de revisión.

Conforme a lo anterior, observa la Sala que en el presente caso no es procedente la acción de tutela, por cuanto:

a) De una parte, la demanda se dirige contra unas providencias judiciales -sentencias de julio 11 de 1990, septiembre 12 de 1990 y septiembre 19 de 1991-, que resolvieron materialmente y pusieron fin a un proceso de carácter penal. Decisión que por estar ejecutoriada y haber hecho tránsito a cosa juzgada, no es susceptible de ser controvertida por ningún medio judicial. No se puede acudir a la acción de tutela como un instrumento o una instancia adicional a las existentes, cuando la decisión judicial se encuentra ejecutoriada y en firme.

b) Según la sentencia No. C-543 de 1o. de Octubre de 1992, que declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela no procede contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso. En el mismo sentido se han pronunciado las diversas Salas de Revisión de la Corte Constitucional2

c) Finalmente estima la Corte que las decisiones del Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencio y del Tribunal Superior de Villavicencio, no sólo no vulneran el debido proceso ni el principio de la favorabilidad, sino que adicionalmente, no constituyen una “vía de hecho”,

ya que se ajustan a las normas que regulan el procedimiento penal.

Debe concluir la Sala que no es procedente el principio constitucional de la “no reformatio in pejus”, cuando el fallo de primera instancia, por ministerio de la ley tenga el grado jurisdiccional de la consulta, así haya sido recurrida por uno o varios procesados, ya que el superior adquiere plena competencia para revisar el fallo y tomar las determinaciones que juzgue pertinentes.

En virtud a lo anterior, esta Sala confirmará la sentencia objeto de revisión, como así se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

IV. DECISION.

R E S U E L V E :

PRIMERO: CONFIRMAR por las razones expuestas, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, el día 3 de febrero de 1994, mediante la cual se denegó la solicitud de tutela instaurada por el ciudadano ALIRIO DUARTE FORERO, mediante apoderado.

SEGUNDO: Ordenar que por la Secretaría General de esta Corporación, se comuniquen el contenido de esta providencia al Juzgado Cuarto Penal Municipal de Bogotá, en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado Ponente

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

## Secretaria General

1 Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 3. Sentencia No. T-492/92. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo

3 Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 7. Sentencia No. T-164/93. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

2 Corte Constitucional. Sentencia T-474 de 1992

1 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. C-543 de Octubre 1o. de 1.992. MP. Jose Gregorio Hernández Galindo. Gaceta Constitucional. Pags. 233-234.

2 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. T-208 de Abril 27 de 1.994. MP. Hernando Herrera Vergara.