

I. Corte Suprema de Justicia

La *reformatio in pejus* en la nueva Constitución

El art. 31 de la C. N. solo prohíbe al superior modificar el fallo de primera instancia en detrimento del condenado cuando tenga la calidad de único recurrente. Los fallos que tengan el grado jurisdiccional de la consulta, pueden ser revisados por el superior sin limitación alguna.

Magistrado ponente: DR. JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

Julio 31 de 1991

Comentario: DARÍO GONZÁLEZ VÁSQUEZ*

Vistos

El procesado I. M. G. solicita su libertad inmediata e incondicional, por pena cumplida, por considerar que en su caso debe aplicarse la norma constitucional prevista en el artículo 31 de la Carta Fundamental ahora vigente que dispone que "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único". Dice que siendo él quien recurriera la sentencia de primer grado, el tribunal le aumentó la pena de cuarenta y cinco (45) meses de prisión que le fuera impuesta por el juzgado primero especializado de Bogotá a ochenta y cuatro (84) meses, lo cual contraría el mandato contenido en la nueva Constitución Nacional. Por ello, solicita la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en los ordenamientos sustantivos y procesal penal.

El señor procurador tercero delegado en lo penal ha emitido concepto favorable para la excarcelación del peticionario pues considera que la nor-

ma constitucional invocada por el libelista tiene plena aplicabilidad en su caso.

Consideraciones de la Corte

El juzgado primero especializado de esta ciudad, una vez concluida la audiencia pública en este proceso, con fecha 5 de abril de 1988, dictó sentencia de primer grado mediante la cual condenó a O. B. P. a la pena privativa de la libertad de ocho (8) años de prisión como autor del delito de secuestro extorsivo del que fuera víctima el ciudadano J. L. L.; a J. del C. B. C. a seis (6) años y seis (6) meses de prisión igualmente como autor del mencionado punible; a D. G. O. y M. A. T. F. a tres (3) años y seis (6) meses como cómplices en el mismo delito y a G. M. M. e I. M. G., a tres (3) años y nueve (9) meses de prisión en las mismas condiciones de los dos anteriores. Absolvió a I. M. G. por el delito de porte ilegal de armas y a F. S. C., A. M. G. P. y J. H. R.

* Profesor de la Universidad de Antioquia.

S. por los cargos que les formularon respecto del delito de secuestro extorsivo.

Dentro del término de ejecutoria, el defensor de I. M. G. y el apoderado de la parte civil, recurrieron la sentencia en apelación para ante el Tribunal Superior de Bogotá y fue así como en auto de fecha 25 de abril siguiente, les fue concedido en el efecto suspensivo.

El Tribunal Superior de Bogotá y luego de atender numerosas peticiones de libertad provisional y agotada la tramitación propia de la instancia, mediante sentencia de fecha 25 de mayo de 1989, reformó la de primera instancia, en los siguientes puntos: revocó la condena decretada contra J. del C. B. C. y en su lugar lo absolvió de los cargos que se le hicieron en el auto de citación para audiencia pública; declaró a D. G. O. y M. A. T. F. coautores responsables del delito de secuestro extorsivo fijándoles como pena privativa de la libertad la de setenta y dos (72) meses de prisión, en lugar de tres (3) años y seis (6) meses que les fuera impuesta como cómplices en el punible de secuestro extorsivo; a G. M. M. e I. M. G., les impuso como pena privativa de la libertad ochenta y cuatro (84) meses de prisión como coautores del delito de secuestro extorsivo en lugar de los tres (3) años y nueve (9) meses que se les impuso en el fallo de primera instancia en su condición de cómplices en el citado punible; revocó la absolución de los procesados F. S. C., A. M. G. P. y J. H. R. S. y en su lugar los declaró responsables del delito de secuestro extorsivo, en su condición de coautores, imponiendo a cada uno de ellos como pena privativa de la libertad de ochenta y cuatro (84) meses de prisión para el primero y setenta y dos (72) meses de prisión para los otros dos. Les condenó igualmente a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad si la tuvieren, por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad. Finalmente, los condenó al pago *in genere* de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción y dispuso su captura. Confirmó el fallo recurrido en todo lo demás, es decir, entre otras determinaciones, la absolución de I. M. G. por el delito de porte ilegal de armas.

Bastaría afirmar en el presente caso que al ser recurrida la sentencia de primera instancia por uno de los defensores y por el apoderado de la parte civil, el mandato constitucional previsto en el artículo 31 de la Constitución Política de 1991, no tendría operancia, pues, tal disposición prohíbe que se agrave la sanción impuesta en la sentencia de primer grado, cuando el condenado sea "apelante único" y en este caso no lo es. Pero como el ministerio público considera que la parte civil no impugnó la decisión adoptada contra el procesado I. M. G., para él se impone el reconocimiento del mandato constitucional, es decir, atendiendo la pena que se le impuso en la sentencia de primera instancia y el tiempo que lleva en reclusión efectiva, sobrepasa la sanción de cuarenta y cinco (45) meses, siendo ineludible su liberación, por pena cumplida.

Apunta la delegada:

"El artículo 538 del Código de Procedimiento Penal dice:

«Competencia del superior. El recurso de apelación otorga competencia al juez o tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada».

"Con la previsión legislativa se consagra la figura de la *reformatio in pejus*, la cual permite al juzgador de segunda instancia hacer reformas, enmiendas o sustituciones de la providencia impugnada aun en perjuicio de los intereses del apelante, o sea también en lo que la providencia apelada pudiera ser favorable al procesado.

"Con ese presupuesto legal se profirió el fallo de segundo grado, respecto del cual se tramita el recurso de casación. La decisión fue legal, en la medida que tuvo como base un ordenamiento positivo que aún rige. No está dentro del marco de la legalidad la agravación punitiva deducida por el juzgador de segundo grado, pues el mandato referido lo autorizaba a desarrollar la función judicial de esa manera.

"En la actualidad con la vigencia de la Constitución Política de Colombia se introduce una norma, que en contrario sentido a lo establecido por la norma legal referida, prohíbe la figura de la *reformatio in pejus*. Dice en efecto el artículo 31, inciso 2° que «El superior

no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único».

"Vistas las dos normas, la legal y la constitucional, la variación introducida por esta a las facultades del juez de segunda instancia cuando se trate de la apelación de la sentencia condenatoria, es radical. De la *reformatio in pejus* se pasa a su prohibición en el evento señalado.

"Así con fundamento en la norma constitucional se introduce la prohibición de la *reformatio in pejus*, la cual dentro de la concepción civilista donde ha predominado, se tiene como principio negativo, por cuanto le prohíbe al juez *ad quem* modificar la providencia apelada en perjuicio del recurrente cuando la contraparte no ha interpuesto la apelación, ni ha adherido a dicho recurso. Se configura al concurrir las siguientes condiciones: a) Vencimiento parcial de un litigante; b) Que solo una parte apele; c) Que el sentenciador *ad quem* haya empeorado con su decisión al único recurrente y, d) Que la reforma no se funde en puntos íntimamente ligados con ella (C. S. de J. Sala de Casación Civil. 10 de mayo de 1989. M. P. Dr. Alberto Ospina Botero. De Extractos de jurisprudencia. 2° Trimestre de 1989. Superintendencia de Notariado y Registro. Pág. 69).

"Para resolver el caso concreto adquiere dimensiones el significado de único apelante, dado que contra el fallo de primera instancia se interpuso apelación por el apoderado de la parte civil y el defensor del sindicato I. M. G.

"Parece ser que la concurrencia de apelantes —así sean contrarios— no desfigura el concepto de único apelante. Ante una impugnación parcial, que se limita a uno de los capítulos de la sentencia, el área de la crítica de la decisión se determina por los límites de la impugnación. Interesa en este evento es determinar el sector del fallo sobre el cual se discrepa. Si hay identidad, porque confluyen los puntos de interés de las partes —vgr. una pugna porque se mantenga la condena impuesta y la otra, a quien perjudica persigue se le revoque—, la competencia del juez de segunda instancia es plena. En cambio, si no se presenta porque cada impugnante ataca diversos apartes del fallo, sin que haya coinci-

dencia en ningún punto, ni conflicto de intereses, el límite impuesto por la ley y ahora por la norma constitucional debe ser resguardado por el *ad quem* frente a cada evento.

"El último fenómeno es el presentado. Por una parte, el representante de la parte civil circunscribe su discrepancia con el fallo de primera instancia solamente en la absolución recaída en J. H. R. S., F. S. C. y A. M. G. P., obteniendo en segunda instancia la revocatoria y, en su lugar la condena de los mismos. No se introduce en la órbita de la decisión que afectó a I. M. G. para que se le incrementara la pena impuesta, ni tampoco para que se le condenara por el delito de porte ilegal de armas, respecto del cual se le absolvió por el *a quo*. Si solo menciona que se revoque el numeral 8°, que contiene la absolución aludida, sin que realice fundamentación alguna, no se puede tener propiamente como apelación en ese sentido.

Por otro lado, el sector de la discrepancia del defensor de I. M. G. se circunscribió a la decisión de condena por el delito de secuestro extorsivo, en calidad de cómplice, para que se le eximiera de responsabilidad penal. El *ad quem* refrenda este aspecto e incrementa la pena.

"Con estos presupuestos, el concepto de apelante único que prevé el artículo constitucional como condicionante-límite a la agravación de la pena por el juez de segunda instancia, no ha sido desfigurado. En estas condiciones, se impone la aplicación del artículo 31, inciso 2° de la Constitución de 1991 respecto del peticionario I. M. G., con la consecuencia que debe quedar sin efecto el fallo de segundo grado que agravó su pena, quedando en pie el proferido por el juzgado tercero especializado de 45 meses de prisión. Solo se afecta el monto de pena, mas no la calificación y el grado de participación, respecto del cual no habría competencia para su modificación".

No comparte la Sala el criterio expuesto por el señor procurador respecto de la consideración en el caso concreto, cuando afirma que el procesado I. M. G. debe ser considerado como único apelante, y, en consecuencia, favorecésele con la excarcelación demandada, mediante la declaración de haber cumpli-

do la pena que se le impuso en primera instancia, por cuanto el tribunal no podía aumentarle la pena ni modificarle su situación jurídica definida en el fallo recurrido por él, pues la impugnación presentada por la parte civil contra la misma decisión, por referirse a puntos distintos, no puede entenderse en forma desfavorable para las pretensiones del peticionario.

Si se aceptara la postura, se llegaría al absurdo de que frente a un fallo mixto, es decir, con declaraciones diversas como ocurre en el presente caso, las partes deban ser vistas en forma independiente según sus propios intereses y, en cada materia, considerárseles como recurrentes únicos cuando han manifestado su inconformidad con el fallo producido.

Es lógico que frente a una sentencia condenatoria y absolutoria, los procesados condenados presenten su impugnación con el fin de obtener del superior, bien su absolución o una rebaja a la pena impuesta y, por otra parte, los absueltos guardar silencio frente al fallo que les es favorable. Y la parte civil, impugnar el fallo para obtener la revocatoria de la sentencia en cuanto se refiere a la absolución decretada con el fin de garantizar los perjuicios en una forma más amplia. Cuando esto ocurre, el fallo debe considerarse recurrido por las dos partes en forma simultánea, sin que sea permitido afirmar que cada uno de ellos sea "apelante único" aunque su inconformidad se base en puntos diversos contenidos en el fallo proferido.

Siendo ello así, el incremento que realizó el Tribunal Superior de Bogotá en el fallo que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación, no pugna contra el mandato constitucional introducido en el artículo 31 de la nueva Carta Fundamental, razón por la cual resulta improcedente predicar que M. G. haya cumplido la pena que se le impuso en el fallo de primera instancia, pues, ello implicará el desconocimiento de la legalidad de la sentencia proferida con arreglo a las normas vigentes y con acatamiento pleno de la Constitución Nacional que ahora rige.

Finalmente debe puntualizar la Sala que aquellos fallos recurridos por el ministerio público o los que tengan el grado jurisdiccional de la consulta, pueden ser revisados por el superior sin limitación alguna. Solamente le está prohibido al superior por mandato constitucional, modificar el fallo de primera instancia en detrimento del procesado o condenado cuando tenga la calidad de "único recurrente", entendido este como sujeto procesal sin consideración al número plural que lo integre o si el recurso fue interpuesto por él o su apoderado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor procurador tercero delegado en lo penal NIEGA al procesado I. M. G. el beneficio de libertad provisional por pena cumplida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

II. Juzgado Veinte Penal del Circuito de Medellín

El juzgado vigésimo noveno penal municipal, negó la solicitud de rebaja de pena del condenado, A. Z. U., auto que fue recurrido por la defensora alegando la supremacía constitucional sobre el Código de Procedimiento Penal, afianzada además en el principio rector del derecho penal, la favorabilidad.

Juez: Dra. MARTHA LUCIA TAMAYO VÉLEZ

Agosto 29 de 1991

Dado el trámite pertinente en la segunda instancia, se oyó el concepto de la Fiscalía estando de acuerdo con la impugnación. En vista de ello esta oficina judicial procede a desatar la controversia.

El principio de favorabilidad es general, no se circunscribe a ningún nivel, así debe entenderse la disposición que recoge el principio constitucional y legal, se ampara al procesado y al reo, por igual, de manera que se puede decir que es la excepción a otro principio, el de la cosa juzgada.

No por el hecho de existir un proceso terminado y concluido con la imposición de una pena, esta debe hacerse efectiva cuando esta conducta ya no es punible, se aminoró la sanción o se crean otros mecanismos procesales más benévolos, como en este caso, donde si bien no todos compartimos esta limitación a la competencia del superior, cuando el apelante haya sido el condenado, si estamos en obligación de cumplirla por ser una orden incorporada al ordenamiento jurídico

penal en virtud de la jerarquía de normas (artículo 4° de la C. N.).

En consecuencia, así se trate de un proceso con efectos de cosa juzgada, y pese a ser un privilegio procesal, ya que este artículo 31 estatuye una restricción la llamada *reformatio in pejus* debe volverse atrás ya que sus efectos se extienden en el tiempo, el transcurso de la pena.

Y es que ya jurisprudencial y legislativamente con la concesión en casos juzgados de la diminuyente por efectos de la confesión (artículo 301 del Código de Procedimiento Penal), aparecen antecedentes de esta regla de interpretación general, ya que como se dijo el principio de la favorabilidad puede ser sustantivo o procesal.

Así es que de acuerdo con el parecer fiscal, este despacho estima que en la rebaja de pena se debe otorgar, revocando en consecuencia el auto recurrido por la defensora de A. Z. U.

Podría pensarse en este caso que la apelación a la sentencia fue interpuesta por la defensora y esto elimina

la causal del artículo 31 de la Constitución Nacional pero ello no es así puesto que el sindicado o condenado, conforma uno de los llamados sujetos procesales en unión con su mandatario-representante judicial, el abogado. A este respecto debe tenerse en cuenta lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión, en reciente pronunciamiento: "Si la sentencia no tiene el grado de consulta y solamente es recurrida por el condenado (entendido este como un solo sujeto procesal, sin importar el número de procesados recurrentes), o su defensor, el superior no podrá agravar la pena que se le haya impuesto en el fallo de primera instancia, pues ello violaría

norma constitucional antes transcrita", página 4, Magistrado Ponente Dr. Dídimo Páez Velandia, aprobado Acta Nro. 052, Santa Fe de Bogotá D. C., julio 31 de 1991.

Por consiguiente, la pena que debe cumplir el reo A. Z. U., es la de dieciocho (18) meses de prisión, revocándose así la negativa del juez de la instancia en concederle la rebaja requerida.

En mérito de lo expuesto, el juzgado veinte penal del circuito de Medellín, REVOCA el auto recurrido, de fecha, origen y naturaleza indicados. Por consiguiente la sanción a purgar el señor A. Z. U., es la de dieciocho (18) meses de prisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

III. Comentario

La Constitución expedida el 5 de julio de 1991, modificó el art. 538 del C. de P. P. introduciendo en su capítulo I, referente a los derechos fundamentales (art. 31, inc. 2º) una limitación a los indefinidos poderes que se atribuían al juez de segunda instancia para modificar las providencias impugnadas por vía de apelación.

El texto que contiene la novedad en referencia es el siguiente:

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

Se elimina de este modo la figura de la *reformatio in pejus* que subsistía para los asuntos penales.

Tanto la disposición constitucional citada, como otras novedades de igual estirpe se consideran de "aplicación inmediata" (C. N., art. 85).

La jurisprudencia colombiana ha comenzado a acatar la orden de urgencia impartida, no sin algunas dificultades de aplicación de la norma pluricitada, cuestión esta que pretendemos reseñar sintéticamente en las líneas que siguen.

1. LA ORIENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Entendemos que el preámbulo de la Constitución sintetiza los principios que deben orientar el sistema jurídico colombiano y dentro de estos destacamos por la clara pertinencia con la figura de la *reformatio in pejus* el de *libertad*, que más adelante es reiterado por otras disposiciones del mismo documento.

Es entonces, a la luz de valores como el citado, como debe entenderse el nuevo texto constitucional quedando solo como referencia para el análisis las elaboraciones extraídas a partir del texto de la Carta de 1886.

2. EL PROBLEMA PLANTEADO

De manera resumida, el asunto en consideración puede plantearse bajo la siguiente cuestión: ¿Cuál es el alcance procesal que tiene la autorización contenida en el art. 31, inc. 2º de la C. N.? de modo más amplio el debate partiría de la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las implicaciones procesales derivadas de inhibir los efectos privativos de la libertad a la adición que el juez *ad quem* ha sumado a la determinación del juez *a quo* en aplicación de las posibilidades previstas por el artículo 358 del C. de P. P. (*reformatio in pejus*)?

3. DISPOSICIONES A CONSIDERAR

3.1. Arts. 4º, 28, 29, 30, 31, 85 de la C. N.

3.2. Ley 157 de 1887, arts. 44 y 45.

3.3. Arts. 3º, 4º, 5º, 64, 141, 209, 216, 358, 616 del C. de P. P.

4. CONCEPTOS IMPLICADOS

4.1. Principios legales informadores

Con la puesta en vigencia de la nueva Constitución, adquirieron rango constitucional los principios de: Libertad (arts. 4º del C. de P. P. y 28 de la C. N.), presunción de inocencia (arts. 3º del C. de P. P. y 29 de la C. N.).

La superior vigencia de los principios citados permite pensar que, para el lapso materia de agravación de la pena impuesta, prevalece la vigencia de la presunción de inocencia y como su efecto obligado la libertad. Adiciónese a la argumentación anterior la imperiosa vigencia del principio de favorabilidad contemplado en la ley 153 de 1887, arts. 44 y 45.

4.2. Del apelante único

Condición para restringir los poderes del juez que conoce la apelación es la referente a que "el condenado sea apelante único". Consideramos que la existencia del único apelante debe definirse a partir de la siguiente consideración: ¿cuál es el interés o intereses que se propone se examinen por el juez de segunda instancia? Para concluir que no importa el número de recursos que formalmente se interpongan, no interesa la plural composición del sujeto condenado, no es óbice que la interposición del recurso de apelación provenga del ministerio público o de la parte civil, lo que interesa es si el interés que pretende discutir el sindicado en apelación es sometido a examen desde otro ángulo del proceso y, haciendo uso de igual medio de impugnación.

4.3. El juez competente

Es meridianamente claro que según los arts. 609 y 616 del C. de P. P., será el juez de primera o única instancia el funcionario habilitado legalmente para conocer las solicitudes que genere la aplicación del art. 31 de la C. N.

4.4. Apelación de otros intervinientes

En las modalidades de intervención previstas en los arts. 64 y 141 del C. de P. P. debe prevalecer un criterio similar para resolver las dificultades que pueda originar el concepto de "único apelante". El aspecto a examinar es, si sobre el mismo punto llevado a la consideración del juez de alzada existe un debate lógicamente contradictorio.

4.5. "Reformatio in pejus" en los casos de consulta

En la providencia de la Corte Suprema de Justicia, se sostiene sin embargo lo siguiente:

“Finalmente debe puntualizar la Sala que aquellos fallos recurridos por el ministerio público o que tengan el grado jurisdiccional de la consulta, pueden ser revisados por el superior sin limitación alguna. Solamente le está prohibido al superior por mandato constitucional, modificar el fallo de primera instancia en detrimento del procesado o condenado cuando tenga la calidad de único recurrente, entendido este como sujeto procesal sin consideración al número plural que lo integre o si el recurso fue interpuesto por él o su apoderado”.

Por las reflexiones hechas atrás nos sentimos relevados de referirnos extensamente a la primera parte de la tesis sostenida por la Suprema Corte, que reintroduce la *reformatio in pejus* cuando existe apelación del ministerio público. Al respecto solo consideramos necesario reiterar nuestra opinión, antes expresada, que se contrae a definir, si sobre el mismo punto materia de apelación se confrontan dos o más discusiones que pretenden declaraciones opuestas.

Ahora bien, sobre la reintroducción de la *reformatio in pejus* en los casos de procedencia de la consulta, las siguientes son las consideraciones que nos merece dicha posibilidad:

— No puede olvidarse que el grado jurisdiccional de consulta es un mecanismo de control de carácter residual que procede solamente en los casos previstos expresamente por la ley y a falta de apelación regularmente interpuesta.

— El grado jurisdiccional de consulta debe asumirse además como un control de legalidad de la providencia que explícitamente contempla la ley, previsión que no admite su extensión a otra modalidad de resolución.

5. CONCLUSIONES

5.1. Por ser la libertad un derecho de carácter fundamental (C. N., art. 13) puede generar la protección contemplada en el art. 86 *ibídem*, o acción de tutela para los casos de violación o amenaza de violación.

5.2. La privación de la libertad más allá del límite fijado en primera instancia constituye una ilegal privación de la libertad que autoriza la interposición del recurso de *habeas corpus* (C. N., art. 30).