

“REFORMATIO IN PEJUS”. APELACIÓN Y CONSULTA FRENTE AL ARTÍCULO 31 DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA

Vicente Emilio Gaviria Londoño*

Con anterioridad a la vigencia del Decreto 409 de 1971 existía claridad, o por lo menos definición, en el sentido de que la autoridad judicial que conocía un proceso en segunda instancia no se encontraba atada por la prohibición de la *reformatio in pejus* del apelante.

Aunque sólo el procesado y su defensor hayan apelado de la sentencia condenatoria de primera instancia, el tribunal, al revisarla, puede condenar al procesado a una pena mayor de la impuesta en la sentencia apelada¹.

En las instancias no existe la prohibición de la *reformatio in pejus*².

Por su parte, el mencionado Decreto 409 de 1971 no contenía norma específica que contemplara la prohibición de la *reformatio in pejus*, o bien que la permitiera para las instancias del juicio, aunque aludía al fenómeno al tratar el Recurso Extraordinario de revisión, preceptuando:

* Profesor titular del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia.

1. Casación, 27 de mayo de 1929, xxxvii, 102; 10 de mayo de 1930, xxxvii, 589.
2. Sentencia, 17 de julio de 1953, lxxv, 628.

Art. 589. *Reformatio in pejus*. Prohibición. Si el fallo que se dictare en el Nuevo juicio fuere condenatorio, no podrá contener una sanción más grave que la impuesta en la primera instancia.

Se establecía entonces la prohibición de reformar en perjuicio de quien interponía el recurso de Revisión. Pese a lo anterior y al conocimiento y entendimiento casi generalizado de que, contrario lo que ocurre en el procedimiento civil, la prohibición de la *reformatio in pejus* no operaba para el proceso penal, ciertamente no faltaron quienes sostuvieron posición completamente antagónica.

Para tornar entonces pacífico el tema y eliminar las discusiones que suscitaba, la Ley 17 de 1975 adicionó el anterior Código de Procedimiento Penal con el artículo 197 Bis específico para la *reformatio in pejus*, al señalar de manera expresa su no prohibición, norma ésta que fue adoptada bajo idénticos términos por el Decreto 50 de 1987, al prescribir:

Art. 538. 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.

Tal disposición permitió afirmar que la interposición del recurso de apelación implicaba el riesgo de resultar desmejorado el apelante en su situación, no sólo respecto del cargo que atacaba a través del recurso, sino también en cuanto a los cargos aceptados o que no habían sido objeto de impugnación.

Incluso al introducir la Ley 2 de 1984 la obligación de sustentar el recurso de apelación, resultaba ajustada a derecho la *reformatio in pejus* aun respecto de cargos sobre los cuales no se presentó sustentación del recurso.

Sobre el particular dijo la Corte Suprema de Justicia:

Esta exigencia de sustentación que nació de la Ley 2 de 1984 (art. 57)(art. 207 del nuevo Código de Procedimiento Penal) podría dar lugar a pensar que el legislador de segundo grado no podría revisar la providencia sino en lo que atañe a las impugnaciones debidamente sustentadas. Mas debe la Corte reiterar que el recurso de apelación proporciona al juzgador de segunda instancia competencia para “decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada” (art. 197 bis CPP)...

La parte, al hacer uso de esta carga, debe saber que corre el riesgo de que se le desmejore la situación, no sólo respecto del cargo combatido, sino a los que ha aceptado sin protesta alguna (C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto de noviembre 11 de 1986).

Pero la claridad que se dio en la eliminación expresa de la prohibición de la *reformatio in pejus* quedó en principio desdibujada en razón del nuevo mandato contenido en el artículo 31 de la nueva Carta fundamental, que dispone:

Art. 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

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

De la lectura de la norma transcrita y de su interpretación exegética podría considerarse inicialmente que la prohibición de la *reformatio in pejus* no tiene cabida cuando el número de apelantes es plural. Significaría lo anterior que cuando dos procesados que han sido condenados interponen el recurso de apelación contra la sentencia, el *ad quem* adquiriría competencia para resolver sin limitación respecto de la providencia objeto de la alzada, agravando, si a ello hubiere lugar, la pena impuesta en la decisión de primer grado, e inclusive revocando los subrogados concedidos por el *a quo*.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en auto de 31 de julio de 1991, en un acercamiento al tema, luego de la promulgación de la nueva Carta, señaló:

Si la sentencia no tiene el grado de consulta y solamente es recurrida por el condenado (entendido éste 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 viola la norma constitucional antes transcrita³.

Bien podría afirmarse entonces que el artículo 31 C. N. la hablar de *condenado* se refiere al sujeto procesal respecto del cual el Estado ha ejercitado la acción penal, sin importar el número de procesados que tanto individual como conjuntamente integran dicha parte, sujeto procesal respecto del cual, se repite, no puede presentarse, en principio, agravación de sus situación por decisión del juzgador de segunda instancia, so pena de contrariarse el precepto constitucional multicitado. La cuestión, hasta aquí parece de claridad meridiana. Pero, como se verá más adelante, la absolutidad de este postulado, se pone en entredicho, toda vez que, en nuestro concepto, admite excepciones.

Y es que la razón de ser del artículo 31 C. N. resulta apenas elemental: permitir que en ejercicio del derecho de defensa pueda el procesado condenado recurrir una decisión que le resulta desfavorable, sin que deba ser sobrecogido por el temor y sin correr el riesgo de que al apelar, resulte perjudicado con la decisión de segundo grado al contener ésta sanción más grave que la inicialmente impuesta en primera instancia.

3. Sala de Casación Penal, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA. *Jurisprudencia y Doctrina Legis*, t. xx, n.º 237, septiembre de 1991, p. 748.

Pese a que nuestra posición no sea compartida, estimamos que la permisión de la *reformatio in pejus* de la manera en que venía operando con anterioridad a la promulgación de la nueva Carta Política, comportaba un obstáculo legal casi insalvable para ejercitar debidamente el derecho de defensa, el cual resultaba seriamente conculcado con la permisión legal de reformar en perjuicios la decisión condenatoria que fuere objeto de apelación, al colocar al procesado-condenado ante la disyuntiva de escoger entre ejercitar un recurso de apelación para buscar la revocatoria de la decisión lesionante de sus intereses y no ajustada a derecho desde su punto de vista, o bien, no hacer uso del recurso bajo el temor fundado de que al hacerlo no se consiga la absolucón o rebaja de pena buscada, sino que, por el contrario, aparezca más gravosa.

No resulta ser un secreto que bajo el sistema procesal penal que nos ha gobernado en los últimos años, pese a la intención del defensor de apelar la sentencia condenatoria que se le impuso a su patrocinado, se abstenía de hacerlo en razón de que la sentencia de segundo grado podrá resultarle más desfavorable.

Tan desafortunada práctica que contó con la bendición de la propia ley, parecería hoy finalmente superada por virtud del mandato superior del artículo 31 citado.

Sin embargo, nuevamente el punto se tornó polémico al considerar algunos eventos de fácil ocurrencia cuando además de la apelación del condenado concurre la del Ministerio Público y la del apoderado de la parte civil, punto éste sobre el cual se pronunció la H. Corte Suprema de Justicia con decisión que, en nuestro respetuoso sentir, abrió nuevamente las puertas a la injusta figura de la *reformatio in pejus*, al desconocer el espíritu del artículo 31 C. N.

Para analizar mejor la decisión de la alta Corporación⁴, resulta conveniente hacer algunas referencias a los actos que le dieron origen:

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 recurra 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.

4. Auto de 31 de julio de 1991, Sala de Casación Penal, M. P.: JORGE ENRIQUE VALENCIA M. *Jurisprudencia y Doctrina Legis*, t. XX, n.º 247, septiembre de 1991, pp. 750 y ss.

El señor procurador tercero delegado en lo penal emitió fundado concepto favorable para la excarcelación del procesado, al estimar que la norma constitucional invocada debía aplicarse al caso.

Con anterioridad al conocimiento del asunto por la Corte Suprema de Justicia y según se dijo, el Juzgado Primero Especializado de Bogotá, el 5 de abril de 1988 dictó sentencia de primera instancia, condenando a O. B. P. a la pena de 8 años de prisión como autor del delito de secuestro extorsivo; a J. del C. B. C. a seis años y seis meses de prisión también como autor del mismo delito; a D. G. O. y M. A. T. F. a 3 años y 6 meses como cómplices del mencionado ilícito y a G. M. M. e I. M. G. a 3 años y 9 meses de prisión, en las mismas condiciones que los últimos citados, al paso que se absolvió a F. S. C., A. M. G. P. y J. H. R. S. por los cargos formulados por el delito de secuestro extorsivo. I.M.G. fue absuelto por el delito de porte ilegal de armas.

El defensor de I.M.G y el apoderado de la parte civil apelaron la referida decisión. El primero, buscando la absolución por el delito respecto del cual se le condenó, y el segundo, demandando la condena de los procesados absueltos por secuestro extorsivo, en procura de una mejor garantía para la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de mayo 25 de 1989, desató el recurso de alzada y, entre otras decisiones, resolvió:

- Aumentar la pena de G. M. M. e I. M. G. a 84 meses de prisión como coautores del delito de secuestro extorsivo, en lugar de los 45 meses decretados en primera instancia como cómplices de tal ilícito, y
- Confirmó la sentencia absolutoria por porte ilegal de armas;

En suma, para el objeto de las presentes anotaciones, podría decirse: (i) uno de los procesados, buscando se le absolviera, apeló la sentencia condenatoria que le impuso una pena 45 meses de prisión como cómplice del delito de secuestro extorsivo; (ii) el apoderado de la parte civil apeló la sentencia, obviamente respecto de puntos inherentes a sus intereses o legitimación para recurrir, dado que entre las facultades que la ley otorga a dicha parte no se encuentra alguna que le permita perseguir un aumento en el *quantum* de la pena o la revocación de los subrogados otorgados a los procesados condenados; (iii) al desatar la alzada, el *ad quem* agravó la situación de I.M.G., al tenerlo no como cómplice sino como coautor del delito de secuestro extorsivo, aumentándole la pena de 45 a 84 meses de prisión.

Como se observa, la decisión del Tribunal, en consideración a lo dispuesto por el artículo 538 del CPP antes de la promulgación de la nueva Carta fundamental resultaba conforme a derecho. Mas con la nueva normatividad constitucional que vino a modificar el citado artículo 538, la Corte Suprema de Justicia, en la decisión a que

nos venimos refiriendo, estimó que la providencia del Tribunal seguía estando ajustada a derecho, señalando:

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 la sanción impuesta en la sentencia de primer grado se agrave 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...

El señor procurador tercero delegado en lo penal, a nuestro modo de ver, interpretando debidamente el espíritu del artículo 31 C. N., señaló al inicio de su concepto que la decisión de segundo grado respecto de la cual se tramitó el recurso de casación, “... fue legal, en la medida que tuvo como base un ordenamiento positivo que aún rige”, pero agregando a renglón seguido que con la nueva Constitución Política, en sentido contrario de lo establecido por el artículo 538 del CPP, se prohíbe la figura de la *reformatio in pejus*, destacando su consideración de principio negativo dentro de la concepción civilista donde ha predominado, configurándose con las siguientes condiciones.

- (i) Vencimiento parcial de un litigante;
- (ii) Que sólo una parte apele;
- (iii) Que el *ad quem* haya empeorado con su decisión al único recurrente y,
- (iv) Que la reforma no se funde en puntos íntimamente ligados con ella⁵.

En el valioso concepto del señor representante del Ministerio Público se hacen precisiones que por su interés nos permitimos transcribir a continuación, para confrontarlas luego con la posición de la Corte Suprema de Justicia y finalmente para señalar nuestra opinión sobre el hoy nuevamente poco pacífico tema de la *reformatio in pejus*.

Dijo el señor procurador tercero delegado en lo penal:

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 sindicado 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

5. C. S. de J., Sala de Casación Civil, 10 de mayo de 1989. M. P.: ALBERTO OSPINA BOTERO. De Extractos de Jurisprudencia 2.º trimestre 1989, Superintendencia de Notariado y Registro, p. 69, según cita del señor procurador delegado.

los límites de la impugnación. Interesa en este evento determinar el sector del fallo sobre el cual se discrepa. Si hay identidad, porque confluyen los puntos de interés de las partes –v. gr. una pugna por que se mantenga la condena impuesta y la otra, a quien perjudica, persigue se le revoque–, la competencia del juez en segunda instancia es plena. En cambio, si no se presenta porque cada impugnante ataca apartes del fallo, sin que haya coincidencia 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.

Tal es el caso que ocupa nuestra atención, toda vez que el defensor del sindicato I.M.G. apeló la sentencia condenatoria que afectaba a su patrocinado, buscando que el *ad quem* lo absolviera de los cargos que se le atribuyeron como cómplice del delito de secuestro extorsivo. Como es elemental, no apeló de la absolución decretada respecto del ilícito de porte ilegal de armas.

El apoderado de la parte civil, a su vez, al apelar lo hizo respecto de la sentencia absolutoria de J. H. R. S., F. S. C. y A. M. G. P. comoquiera que tal decisión tendría para él relevancia al relacionarse con el interés que le permite actuar dentro del proceso penal, cual es la obtención de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con la infracción a la ley penal.

Y agregó el señor Procurador:

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.º de la Constitución de 1991 respecto del peticionario I. M. G., con la consecuencia que debe quedar sin efecto el fallo del segundo grado que agravó su pena, quedando en pie el proferido por el Juzgado Tercero (*sic*) Especializado de 45 meses de prisión. Sólo se afecta el monto de pena, mas no la calificación y el grado de participación, respecto del cual no habría competencia para su modificación⁶.

Según se dijo *ab initio*, la Corte Suprema de Justicia no compartió el juicioso concepto del representante del Ministerio Público:

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 apelante único, y, en consecuencia, favorecérselo con la excarcelación demandada mediante la declaración de haber cumplido 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

6. Cfr. Publicación cit. p. 752.

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 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 de casación, no pugna contra el mandato constitucional introducido en el artículo 31 de la nueva Carta Fundamental [...] 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 apelante’, entendido éste como sujeto procesal sin consideración al número plural que lo integre o si el recurso fue interpuesto por él o su apoderado⁷.

Puede sostenerse, entonces, que la Corte Suprema de Justicia concluyó:

1. Resulta inconstitucional la modificación del fallo de primera instancia que haga el superior en detrimento del procesado cuando tenga la calidad de “único apelante”, entendido éste como sujeto procesal sin consideración al número plural que lo integre o si el recurso fue interpuesto por él o su apoderado.

2. Frente a un fallo mixto, es decir, donde hay declaraciones diversas como condenas y absoluciones, las partes deben ser vistas en forma independiente según sus propios intereses, no pudiendo considerárseles recurrentes únicos cuando han apelado la decisión.

7. Cfr. En publicación cit. pp. 752 a 753.

3. De cara a una sentencia condenatoria y absolutoria, donde los procesados condenados apelan buscando una absolución o una rebaja de pena, los absueltos guardan silencio y la parte civil apela pretendiendo se condene a los procesados absueltos, el fallo debe considerarse recurrido por las dos partes, no siendo permitido hablar de “apelante único”, por lo que no pugnaría contra el mandato constitucional contemplado por el artículo 31 C. N., el incremento de la pena que haga el superior.

4. Los fallos recurridos por el Ministerio Público pueden ser revisados por el superior, sin limitación alguna, lo mismo que los conocidos por virtud del grado jurisdiccional de consulta. En nuestro respetuoso sentir, la Corte Suprema de Justicia desconoció el alcance y sentido del artículo 31 C. N., identificándonos casi por entero con el concepto presentado por la procuraduría delegada, agregando a éste que además de que se debió dejar sin pie la agravación de la pena hecha por el tribunal respecto de I. M. G., también debió ocurrir lo mismo respecto de la situación de los procesados D. G. O., M. A. T. F. y G. M. M. a quienes, según se ha visto, les fue aumentada la pena prácticamente en el doble sin siquiera haber recurrido la sentencia, como tampoco lo hicieron respecto de ellos el representante del Ministerio Público y el apoderado de la parte civil.

De esta guisa encontramos que la afirmación según la cual “sólo 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 éste como sujeto procesal sin consideración al número plural que lo integre o si el recurso fue interpuesto por él o su apoderado–”, nos resulta bien encaminada en la medida en que, en principio, las apelaciones de los varios condenados persiguen una misma finalidad cual es su absolución, de modo que cuando no aparece un interés jurídico distinto para recurrir que busque una agravación de las penas de dichos condenados, como puede predicarse perfectamente respecto del Ministerio Público cuando considera inadecuada la tasación punitiva, una agravación de la situación jurídica de aquéllos iría en contravía del precepto contenido en el artículo 31 C. N.

Sin embargo, las anteriores apreciaciones no pueden ser tenidas como dogma o postulado absoluto, pues eventualmente las apelaciones de los varios condenados recurrentes pueden presentar intereses contrapuestos entre sí:

Juan y Pedro, quienes han venido siendo juzgados como coautores de los delitos de homicidio y hurto, se notifican de la sentencia de primer grado en la que se resolvió, de una parte, condenar a Juan por el delito de homicidio y absolverlo por el de hurto, y de otra, condenar a Pedro como autor del delito de hurto y absolverlo por el de homicidio. Los defensores de los procesados, simultánea pero independientemente, apelan a decisión. El apoderado de Juan sustenta el recurso con el argumento de que éste no es responsable del delito de homicidio toda vez que tal comportamiento fue desarrollado por Pedro. Por su parte, el defensor de Pedro presenta similar alegación pero respecto del delito de hurto, es decir, que tal ilícito, lo mismo que el homicidio, fueron ejecutados por Juan. Ni el representante del Ministerio Público ni el de la parte civil apelaron dicha decisión.

¿Podrá predicarse válidamente en este caso con base en lo que otrora dijo la Corte Suprema de Justicia en materia de *reformatio in pejus*, que por tratarse de apelaciones de los condenados debe hablarse de “único recurrente, entendido éste como sujeto procesal sin consideración al número plural que lo integre” y que, en consecuencia, el superior, al revisar a sentencia, no puede agravar la pena de los recurrentes en virtud de la prohibición contenida en el artículo 31 C. N.?

Particularmente consideramos que el interrogante debe absolverse de manera negativa en razón a los intereses contrapuestos que inspiran cada apelación respecto de la otra, donde básicamente el éxito o prosperidad que pueda tener el recurso de apelación para Juan o para Pedro, según el caso, depende de que se agrave la situación jurídica del otro procesado. Así las cosas, “el área de la crítica de la decisión” para cada uno de los impugnantes tiene que ver con la parte de la sentencia que de manera directa se refiere a cada uno de ellos, lo mismo que con la parte de la decisión que favorece al otro procesado, pues para que Juan sea absuelto por homicidio se debe revocar la absolución de Pedro por tal delito para ser condenado por él.

Es claro que aquí el superior adquiere competencia para decidir sin limitación alguna respecto de la sentencia apelada, pero ello obedece básicamente al hecho de que cada uno de los recurrentes le solicita con su recurso individual que revoque la decisión que favorece al otro.

Se elevan entonces peticiones en cierto modo complementarias y no excluyentes entre sí, pudiendo el *ad quem* resolver en cualquiera de los sentidos solicitados por los recurrentes sin que con ello se viole el artículo 31 C. N., de la misma manera en que no se le vulnera cuando sólo uno de los procesados, el condenado, apela la sentencia para que se le absuelva a él y se condene al procesado absuelto, verdadero responsable, decidiendo el superior en tal sentido.

Nos atreveríamos entonces a formular una excepción al postulado que presentó la Corte, el cual quedaría así:

Le está prohibido al superior, por mandato constitucional, modificar el fallo de primera instancia en detrimento del condenado cuando tenga la calidad de “único recurrente”, entendido éste como sujeto procesal sin consideración al número plural que lo integre, siempre y cuando no existan intereses contrapuestos entre las pretensiones de la pluralidad de apelantes que puedan integrar dicho sujeto procesal.

2. No es entonces absolutamente cierto que frente a un fallo mixto, entendido como aquél donde hay diversas condenas y absoluciones, las partes deban ser vistas en forma independiente según sus propios intereses, no pudiendo considerárseles recurrentes únicos. Frente a tales eventualidades importará que no existan pretensiones

contrapuestas entre los varios condenados apelantes para que sea válido hablar de “único recurrente”. Si sólo apelan los condenados aunque haya procesados absueltos, la posición de aquellos no podrá ser desmejorada por el superior, como tampoco lo podrá ser la de éstos si los primeros no pretenden su condena, luego, en tratándose de un “fallo mixto”, donde no media apelación del Ministerio Público ni de la parte civil, la posibilidad de agravar la situación jurídica de los condenados apelantes y de los absueltos no recurrentes dependerá de lo que se pretenda con el recurso y de si lo alegado en él implica contraponer el interés del recurrente al del no recurrente absuelto.

Debe entenderse, entonces, que la consideración de “único apelante” no es relevante pese a los términos del artículo 31, cuando la apelación busca se desmejore la situación de otro procesado para favorecerse con ello en la propia. Por lo mismo, la situación del procesado condenado puede ser agravada con la sentencia de segundo grado, cuando ello es el objeto de la apelación interpuesto por el Ministerio Público o por otro procesado; lo que no resulta ajustado al tantas veces citado precepto constitucional es agravarle la situación al procesado condenado cuando no existe alguna pretensión de los otros sujetos procesales encaminado hacia ese fin, lo cual corresponde al verdadero alcance de la prohibición de la *reformatio in pejus* porque esta figura se relaciona con la reforma en perjuicio que hace el superior agravando la situación del apelante, mas no con la agravación que se efectúa en virtud del recurso de apelación interpuesto por otro sujeto procesal con tal finalidad.

Carecería de sentido una prohibición de *reformatio in pejus* cuando el apelante es sujeto distinto de aquél respecto de quien se busca una decisión más gravosa que la contemplada en la sentencia de primera instancia, con lo que se desvirtuaría el principio de las dos instancias y el derecho de impugnación.

De otra parte, no entendemos cuando la Corte señaló que frente a sentencias mixtas (condena y absolución) donde sólo apelan los condenados buscando su absolución y la parte civil pidiendo la condena de los absueltos, es evento que permite considerar el fallo recurrido por las dos partes, eliminándose, en consecuencia, el concepto de “apelante único”, con los efectos que ello comporta, pues en nuestra respetuosa opinión no apreciamos qué hay de ilógico y absurdo –como lo sostenía la Corporación– en que cuando apela la parte civil la decisión impugnada sólo puede ser objeto de agravación en la medida en que el recurrente así lo haya solicitado y que al hacerlo no haya desbordado los límites de su legitimación para recurrir.

Reiteradamente se ha dicho que la parte civil no está legitimada para elevar solicitudes e interponer recursos que no guarden relación directa con la pretensión que ejercita dentro del proceso penal: la obtención de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con el hecho punible, aspecto éste de contenido eminentemente patrimonial. Entonces, para nada interesa a la parte civil que la pena impuesta al condenado en primera instancia sea aumentada en el fallo de segundo grado, como tampoco, principio, ha de importarle la concesión de subrogados penales.

¿Acaso podría aceptarse la agravación de la pena para el procesado cuando ello ocurre en virtud de la apelación de la parte civil interpuesta con tal finalidad? Es indiscutible que no.

Debe mirarse, enfatizamos, en qué sentido está dirigida la apelación de dicha parte, pues si lo que pretende es la condena de los absueltos, para lo cual sí tiene legitimidad en la apelación, y se permite con ello agravar la situación de los ya condenados, se estaría dando legitimidad a una actuación vedada a la parte civil: pretender la imposición de una pena más grave.

Podría también apelar la decisión en el aspecto atinente al monto de la indemnización a que haya lugar, sin que ello le otorgue legitimidad al *ad quem* para agravar la sanción penal, pues no es la calidad y cantidad de ésta las que interesan a la parte civil para encontrar satisfacción de sus pretensiones. Vale la pena recordar que la parte civil tiene un interés eminente y exclusivamente de tipo económico, aunque sea cierto que en la práctica en una gran cantidad de casos dicha parte suple las deficiencias de las funciones encomendadas al Ministerio Público, olvidándose casi por entero de la indemnización económica.

Apreciación diferente vendría a legitimar la función del acusador privado. Así, si el procesado es condenado a determinada pena y se le impone la obligación de pagar cierta suma de dinero a título de indemnización, con la respetable tesis de la Corte Suprema de Justicia la parte civil podría conseguir una agravación de la pena privativa de la libertad: apelando el condenado, también lo haría la parte civil, indicado ésta no estar conforme con la indemnización. Serían dos apelaciones de sujetos diferentes, eliminando la consideración de “apelante único”, lo cual no pugnaría, entonces, con el art. 31 C. N. en el caso de resultar agravada la pena. Tal eventualidad sí se nos antoja ilógica.

3. Respecto de los fallos recurridos por el Ministerio Público, estimamos que tampoco pueden ser revisados por el superior sin limitación alguna, pues su competencia para hacerlo debe circunscribirse respecto de aquellos puntos específicos sobre los cuales versa la apelación, señalando, eso sí, que dicho sujeto procesal se encuentra legitimado para interponer recursos respecto de todos los apartes del fallo. Consideración diferente, como lo fue la muy respetable posición de la Corte Suprema de Justicia, implicaría desconocer el verdadero y completo espíritu del artículo 31 C. N., al igual que disposiciones legales como el artículo 206 del CPP sobre providencias consultables, pues por tal vía se le estaría otorgando al superior la facultad para revisar decisiones que no debieron ser conocidas en segunda instancia, porque es indiscutible en nuestro criterio que una sentencia absolutoria por el delito de hurto, por ejemplo, carezca de consulta, sólo pudiendo ser objeto de revisión por el superior cuando ha mediado apelación contra ella.

Bajo el mismo entendimiento, si se trata de varios procesados por el delito de hurto, se produce un fallo mixto el cual apela el representante del Ministerio Público en

cuanto a la condena de uno de los procesados, resultaría aberrante que el superior adquiriera competencia ilimitada para modificar el fallo, aunque la apelación se refiriera sólo a una parte de él. Con tal lógica podría el superior agravar la pena del condenado y condenar al absuelto, persona ésta que, como se dijo, fue favorecida con una decisión no consultable y no apeló de la misma.

Y con la misma “lógica”, cuando el procesado y el Ministerio Público apelan la sentencia condenatoria, y los dos recursos buscan la absolución del condenado, entenderíase que coadyuvan la misma pretensión, resultaría posible agravar la pena del procesado argumentando, como lo entendió la Honorable Corte Suprema de Justicia, que no hay apelante único sino plural, no violándose, en consecuencia, la prohibición que sobre *reformatio in pejus* contempla el artículo 31 C. N.

Se dice entonces que la sentencia, aunque corresponda a una sola decisión materialmente considerada, puede abarcar un importante número de eventos que dependerán de la cantidad de procesados y de delitos imputados a ellos, sin tener obstáculo para que se interpongan recursos sobre todos o sólo sobre una parte.

5. Frente al tema de la consulta, nuestra máxima jerarquía jurisdiccional indicó que cuando los fallos son conocidos por el superior pueden ser revisados por éste sin limitación alguna.

Sin querer de agotar el tema y más con la intención de invitar a la reflexión sobre el mismo, intentaremos presentar una propuesta acerca de los alcances que comporta el precepto contenido en el artículo 31 C. N. respecto del grado jurisdiccional de la consulta.

De conformidad con el artículo 199 del Decreto 409 de 1971, eran consultables, cuando contra ellas no se hubiera interpuesto el recurso de apelación, una serie de providencias que básicamente tenían un contenido favorable al procesado, como la sentencia absolutoria y el sobreseimiento definitivo, la cesación de procedimiento, el segundo sobreseimiento temporal, la providencia que otorgaba la condena de ejecución condicional, la que otorgaba el perdón judicial y la que declaraba extinguida la pena, amén de la que ordenaba el archivo del expediente en virtud del segundo sobreseimiento temporal.

Dijo la Corte Suprema de Justicia en alguna de sus decisiones:

La consulta establecida en nuestro Código de Procedimiento Penal es una institución procesal, según la cual la ley, con el fin de que la providencia sea revisada por la jerarquía jurisdiccional inmediatamente superior, suple, por razones de orden público, en forma indirecta, la omisión voluntaria o involuntaria de las partes en el proceso.

El superior jerárquico al revisar, en virtud del grado jurisdiccional denominado consulta, una sentencia o providencia de una autoridad que le está subordinada, tiene poder pleno o jurisdicción completa para corregir las decisiones que no se ajusten a la ley o en las cuales se pudo haber incurrido en error⁸.

Pese a que el legislador ha tenido la intención de eliminar el grado jurisdiccional de consulta por considerarlo un mecanismo que tan sólo contribuye a aumentar la congestión en los despachos judiciales, en el artículo 210 de Código de Procedimiento Penal (Decreto 50 de 1987), se mantuvo la figura, pero limitándola considerablemente en sus alcances.

Tal disposición fue modificada por el artículo 14 del Decreto-Ley 1861 de 1989, eliminando las controversias suscitadas en la interpretación del artículo 20 original y, principalmente, restringiendo con mayor rigor los casos de providencias judiciales objeto de consulta, las cuales básicamente quedaron reducidas a aquellas proferidas por jurisdicciones especiales (orden público y penal aduanera) o relacionadas con delitos tipificados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, o tipificados por el gobierno con base en las facultades de estado de sitio (hoy estado de conmoción interior –art. 213 C. N.–) o de la emergencia económica⁹.

Como lo señalan los profesores BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNNET, la consulta es “un grado jurisdiccional que le da competencia al *ad quem* para decidir exclusivamente sobre las determinaciones que en obediencia a la ley deben ser enviadas al superior para su revisión”, recordando que “el objeto de consulta es la resolución que se toma respecto a determinado hecho punible y no la providencia en que se resuelven varias situaciones jurídicas”¹⁰.

Por manera que la facultad del superior para decidir sin limitación alguna sobre la providencia sometida a su revisión queda circunscrita exclusivamente a la parte de la decisión que se refiere al hecho punible consultable según el artículo 206 del CPP y no se extiende a los demás apartes de la providencia donde se resuelven situaciones diferentes, aunque en ella se estén haciendo pronunciamientos respecto de delitos conexos con el consultable.

Otra fue la concepción de la Corte Suprema de Justicia sobre este particular, al sostener:

Tal como lo señala el numeral 1.º del artículo 210 del CPP (Decreto 050/87) y lo anota el procurador delegado en lo penal, el grado jurisdiccional de consulta

8. Sentencia, 23 de febrero de 1962. xcviII, 172.

9. Según se dijo, el artículo 206 del Decreto 2700 de 1991 establece que son consultables las providencias de los fiscales y jueces penales del circuito especializados que ordenan la cesación de procedimiento, preclusión de la investigación, devolución a particulares de bienes del imputado o sindicado, presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sean objetos del mismo y las sentencias que no sean anticipadas.

10. Centro de Estudios Penales. *El proceso penal*, 2.ª ed., Bogotá, 1990, p. 216.

solamente procede en relación con algunas providencias, siempre que el delito por el que proceda tenga provista una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de cinco años. Como consecuencia de lo anterior, en principio no podría la Corte revisar más que la decisión correspondiente al delito de falsedad en documentos, único de los delitos juzgados que cumple con la cantidad de pena anotada. Empero, debe la Sala aclarar que se dan situaciones procesales en las cuales la íntima relación que existe entre los diversos hechos investigados impide la revisión de uno solo de ellos en la segunda instancia por vía de consulta, porque de procederse en tal forma, quedarían extremos sin resolver, o deficientemente resueltos, porque la decisión respecto de uno supone necesariamente la resolución del otro, y es obvio que no podrían existir circunstancias de vedado análisis siendo éste imprescindible para la decisión que corresponde tomar¹¹.

Tal decisión olvidó lo que la misma Corte afirmó en oportunidades anteriores al referirse a la no-ruptura de la Unidad Procesal cuando hay lugar a juzgar en procesos separados varios delitos considerados conexos, evento que no vicia la validez de la actuación.

Razón les asiste a los profesores BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LINNET¹² cuando afirman que en eventos de providencias donde se resuelve acerca de varios delitos conexos y sólo respecto de uno se dan las exigencias del artículo 210 del CPP para consultar la decisión, el superior no puede revisarla respecto de los otros hechos punibles, pues ella, en cuanto no sea objeto de recursos ni admita consulta, *hace tránsito a cosa juzgada*, una vez quede formalmente ejecutoriada, pues su ejecutoria no puede depender del pronunciamiento que se adopta sobre la que sí admite dicho grado jurisdiccional.

Además, la tesis de la Corte también atentaría contra la seguridad jurídica si se tiene en cuenta que la ejecutoria de las decisiones judiciales no va a depender de un parámetro legal sino exclusivamente del criterio del funcionario de segunda instancia.

Aunque no lo diga expresamente el artículo 31 C. N. debe entenderse que éste limita la potestad del *ad quem* para agravar la situación del procesado solamente para aquellos casos en que por ministerio de la ley o por ejercicio del derecho de interponer recursos se le impone la obligación de pronunciarse sobre determinados puntos de la decisión: aquellos que dice la ley deben ser objeto de consulta y los que son atacados por los sujetos procesales. Al fin y al cabo existe un derecho a interponer recursos, de modo que si las partes interesadas no los interponen, no se ve la razón de que se le imponga al Estado la carga de revisar todas las providencias proferidas por sus propios servidores. Además, no existen fundamentos de orden práctico que permitan justificar

11. C. S. de J., Sala Penal, auto de 21 de junio de 1988, M. P.: EDGAR SAAVEDRA ROJAS, en ob. cit., p. 218.

12. Cfr. ob. cit., p. 219.

la figura de la consulta, salvo el de la desconfianza en las decisiones de la judicatura y en la inactividad del Ministerio Público como representante de la sociedad.

Podrá afirmarse, entonces, que la actual vigencia restringida de la consulta tiene un eminente carácter de protección al orden público, pues se la mantiene con el objeto de enderezar las equivocaciones o yerros en que pueden incurrir los jueces en su función de administrar justicia; sin embargo, no es menos cierto que las reiteradas limitaciones que en los últimos tiempos se han impuesto a la consulta, vienen a favorecer al procesado en la medida en que las decisiones que lo benefician, de no ser apeladas, no serán objeto de posterior revisión por una instancia superior.

No puede por tanto sustraerse el artículo 206 *ibídem* a la correcta interpretación que se debe hacer del artículo 31 C. N., pues la favorabilidad que presupone esta norma en materia de apelación, por analogía *in bonam partem*, debe hacerse extensiva a la consulta.

Con el artículo 31 C. N. se establece a favor de los procesados condenados un derecho de rango constitucional a que su situación jurídica no sea agravada o desmejorada oficiosamente en segunda instancia; será legítima una pena mayor, una condena cuando inicialmente hubo una absolución, o una orden de continuar el proceso cuando en la decisión de primer grado se dispuso su cesación, solamente en aquellos eventos en que se interponen recursos con tal finalidad específica o cuando la ley contempla la consulta para la decisión concreta, que es modificada con la providencia de segundo grado.

Por fortuna, frente al verdadero alcance y sentido del artículo 31 C. N. y 17 del CPP, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de definir el tema¹³ precisando que si bien había venido haciendo carrera en el país la tesis avalada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual el artículo 31 C. N. admite excepciones cuando se enfrenta a fallos de contenido ilegal, es lo cierto que no resulta acorde con el precepto constitucional que so pretexto de corregir las decisiones de contenido ilegal, pueda el superior entrar a revisar sin limitación alguna el fallo, haciendo incluso más gravosa la situación del procesado.

Y la decisión de la guardiana de la Corte es de especial trascendencia, pues durante mucho tiempo después de la entrada en vigencia del artículo 31 C. N. se agravó la situación de los procesados bajo la consideración de que como lo resuelto sobre él en primer instancia no correspondía a una decisión apegada a la ley, correspondía al *ad quem* corregir el yerro, así ello implicara hacer más desfavorable la situación del apelante, pues debía primar el respeto al principio de legalidad, postura ésta que, en la práctica, permitía agravar en segunda instancia la situación del procesado, pues al considerar el *ad quem* que la decisión de segunda instancia no era correcta, en esencia

13. Corte Constitucional, Sentencia SU-327, 27 de julio de 1995, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

estaba afirmando que no era legal, y por ello, para salvaguardar el principio de legalidad, profería la decisión que, según él, correspondía a una decisión legal.

Se venía olvidando entonces que los recursos, como el de apelación, son mecanismos para corregir equivocaciones judiciales, de modo que si el *a quo* incurre en un error y ni la Fiscalía ni el Ministerio Público lo consideran como tal o por negligencia en el ejercicio de sus funciones no interponen los recursos de ley para corregir aquél, su diferente apreciación o su inercia no pueden venir a ser rectificadas o suplidas por el superior a través de un mecanismo que indefectiblemente desconocería una garantía constitucional, la cual, por parte alguna, está condicionada en su aplicación.

Así lo anterior, puede afirmarse sin hesitación que luego de 10 años de vigencia del artículo 31 de la Constitución Política, la garantía constitucional que prohíbe la *reformatio in pejus* frente a apelantes únicos, si bien por cerca de un lustro careció de verdadera aplicación por virtud de toda suerte de interpretaciones, hoy se enmarca dentro de una doctrina pacífica que postula la imposibilidad para el superior jerárquico de entrar a revisar y modificar en perjuicio del procesado una decisión cuando no existe un recurso que de manera específica le otorga dicha atribución legal.

