

*República de Colombia*



*Corte Suprema de Justicia*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**  
**Magistrada ponente**

**AP2528-2014**

**Radicación n° 42763**

(Aprobado Acta No. 146)

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil catorce (2014).

**VISTOS**

Resuelve la Sala el recurso de apelación incoado por la defensa de la doctora *OMAIRA ÁLVAREZ CARRILLO* contra el auto del 30 de octubre de 2013, por cuyo medio el Tribunal Superior de Valledupar negó la nulidad propuesta.

**HECHOS**

Representantes de CAJANEL EICE, en liquidación, denunciaron en diciembre de 2010 que la doctora

OMAIRA ÁLVAREZ CARRILLO, Juez Promiscuo de Familia de Aguachica (Cesar), pudo incurrir en el delito de prevaricato por acción con ocasión del fallo de tutela del 8 de noviembre de 2006 por cuanto ordenó emitir las resoluciones de reconocimiento de la pensión gracia respecto de 85 poderdantes del abogado *Ramiro Augusto Cabiblanco Molina* sin que, i) ninguno de ellos reuniera las condiciones legales para acceder a esa prerrogativa. Así mismo, porque el fallo ii) pretermitió considerar que la acción de tutela es individual, no grupal; iii) desconoció la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, acorde con la cual la acción de tutela no es el medio procedente para obtener el reconocimiento, liquidación y pago de prestaciones sociales; iv) ignoró que los accionantes no hicieron uso de la jurisdicción contencioso administrativa, competente para decidir el tema; v) y omitió que la pensión de gracia sólo se reconoce a maestros del nivel municipal o departamental y no del orden nacional, como era la condición de los accionantes.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

Con apoyo en la citada denuncia, el 20 de enero de 2011 la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar inició investigación preliminar y, posteriormente, el 3 de marzo de 2012, abrió instrucción por la presunta comisión de los delitos de prevaricato por

acción y peculado por apropiación a favor de terceros, en cuyo desarrollo escuchó en indagatoria a la doctora *OMAIRA ÁLVAREZ CARRILLO* el 27 de abril siguiente.

La situación jurídica se definió el 7 de mayo del mismo año<sup>1</sup> absteniéndose la fiscalía de imponer medida de aseguramiento por no reunirse los fines del artículo 355 de la Ley 600 de 2000, pero señalando la probable comisión del punible de prevaricato por acción; así mismo, precluyó la investigación respecto del punible de peculado por apropiación a favor de terceros.

Previo cierre de investigación<sup>2</sup>, la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar calificó el mérito del sumario el 11 de enero de 2013 con resolución de acusación por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto del artículo 416 del Código Penal.

La anterior decisión fue impugnada por la defensa, siendo confirmada al resolverse el recurso de reposición<sup>3</sup>. Sin embargo, la Fiscalía Novena adscrita a la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el

---

<sup>1</sup> Contra esta determinación la defensa interpuso recurso de reposición y subsidiariamente apelación. El primero fue resuelto el 9 de julio de 2012 de manera negativa y respecto del segundo, cuando se corría el traslado a los no recurrentes, la defensa desistió en memorial del 24 de julio de ese año (folio 172 del cuaderno No. 1).

<sup>2</sup> Se dispuso mediante proveído de julio 26 de 2012.

<sup>3</sup> Mediante auto del 12 de marzo de 2013.

20 de mayo de 2013, la anuló de manera oficiosa al considerar que se produjo un error en la calificación porque la conducta se enmarca en el tipo penal de prevaricato por acción y no en el de abuso de autoridad por el que se acusó.

En consecuencia, la fiscalía *a quo* calificó nuevamente el mérito del sumario el 31 de mayo de 2013 con resolución de acusación por el delito de prevaricato por acción, decisión contra la cual no se elevaron impugnaciones.

La fase del juicio le correspondió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, Colegiatura que corrió el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000 en cuyo desarrollo la defensa impetró la declaratoria de la nulidad de la actuación, petición resuelta de manera negativa por la magistratura el 30 de octubre de 2013.

### **DECISIÓN IMPUGNADA**

El Tribunal Superior de Valledupar niega la nulidad invocada por la defensa de la doctora *OMAIRA ÁLVAREZ CARRILLO* porque la presencia de un yerro trascendental imponía a la fiscalía *ad quem* nulitar oficiosamente el pliego acusatorio.

En ese orden, afirma, la Fiscalía Delegada ante la Corte no utilizó la segunda instancia para efectuar un nuevo juicio sobre el asunto; simplemente controló la legalidad de la decisión adoptada en primer nivel porque no existía concordancia entre la imputación fáctica y jurídica, situación que le impuso decretar la nulidad para que el instructor adecuara el proceder de la procesada al tipo penal verdaderamente infringido. Lo anterior en aras de precaver la incongruencia entre la acusación y una futura sentencia.

Por ello, añade, no es posible predicar que el fiscal *ad quem* quebrantó la prerrogativa de la *non reformatio in pejus*, pues no adicionó ninguna circunstancia modificadora de la punibilidad ni agravó la condición de la procesada. Limitó su proceder a demostrar la equivocada calificación de la conducta y decretar la nulidad, cumpliendo el rol del ente acusador de fijar clara y precisamente la imputación fáctica y jurídica en el pliego acusatorio.

Adicionalmente, aunque en Ley 906 de 2004 extendió esa garantía a todas las decisiones judiciales, los hechos examinados se concretaron en vigencia de la ley 600 de 2000, ordenamiento jurídico en el cual no se contempla esa prerrogativa para la resolución de acusación.

Por último, señala, de existir la irregularidad pregonada, podría ser objeto de la variación de la calificación dispuesta en el artículo 404 del C.P.P., sin necesidad de decretar la nulidad invocada.

### **LA IMPUGNACIÓN**

La defensa considera que el Tribunal desconoció la línea jurisprudencia expuesta ampliamente al sustentar la petición de nulidad, según la cual, en atención al principio de favorabilidad, el artículo 20 de la Ley 906 de 2004 se aplica a los hechos investigados con el procedimiento de la Ley 600 de 2000.

De otra parte, aduce, el *a quo* se abstuvo de nulitar la actuación porque no encontró reunidos los requisitos de residualidad y trascendencia; sin embargo, quien realmente pretermitió dichos principios fue la Fiscalía 9 Delegada ante la Corte Suprema, si se atiende a lo señalado en la providencia impugnada, esto es, que podía modificarse la calificación en la etapa del juzgamiento al amparo del artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

Adicionalmente, opina, la fiscalía de segunda instancia vulneró el principio de autonomía judicial al ordenar calificar el sumario de una forma específica, decisión ante la cual la Fiscalía Delegada ante el Tribunal

sólo pudo acatar lo dispuesto por su superior. Por esa misma razón, agrega, constituye un imposible que el fiscal del caso modifique la calificación por cuanto ello comportaría rebelarse contra lo ordenado en ese proveído.

Con fundamento en lo anterior, el impugnante insiste en la vulneración de la garantía de la *non reformatio in pejus* por parte de la Fiscalía Novena Delegada ante la Corte, cuando al resolver el recurso de apelación interpuesto exclusivamente por la defensa, decidió invalidar la resolución de acusación para que se calificara el mérito del sumario por el delito de prevaricato por acción y no por el de abuso de autoridad determinado por el *a quo*.

### **LOS NO RECURRENTES**

1. El representante de la parte civil pide mantener la decisión por cuanto la nulidad decretada constituía una medida extrema para evitar que la naturaleza de los hechos investigados fuese minimizada a un simple abuso de autoridad cuando en realidad comportó poner en riesgo más de 25 mil millones de pesos del Estado. Además, porque el principio de favorabilidad no aplica porque la conducta se concretó en vigencia de la Ley 600 de 2000.

2. El Ministerio Público solicita confirmar la

determinación porque: a) la *non reformatio in pejus* en Ley 600 sólo opera frente a sentencias que no hayan desconocido el principio de legalidad y, b) la variación de la calificación puede darse en cualquiera de los ordenamientos procesales vigentes

Podría pregonarse la nulidad, añade, si en la vinculación de la procesada a la actuación se hubiese mencionado un delito de menor entidad, pero en el evento examinado desde la apertura de la investigación se pregonó la configuración del punible de prevaricato por acción; por ende, la variación de la calificación no comporta afectación de ningún derecho.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por los defensores contra el auto dictado en primer grado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, pues la acción penal es ejercida contra una funcionaria investigada por el Tribunal Superior de Valledupar por un hecho relacionado con el desempeño de sus funciones.

#### **i) Sobre la prohibición de la *non reformatio in pejus* en la Ley 600 de 2000**

Antes de la expedición de la Ley 906 de 2004 la prohibición de reforma peyorativa se circunscribía a la

sentencia de carácter condenatorio cuando el declarado penalmente responsable era apelante único.

Sin embargo, el tradicional instituto fue modificado de forma radical por el inciso segundo del artículo 20 *ibidem*, el cual dispuso “*El superior no podrá agravar la situación del apelante único*”.

Y dada la coexistencia de ordenamientos procesales (Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004) el tratamiento jurídico de dicha garantía constitucional poco a poco se ha ido unificando hasta entender actualmente que i) no sólo procede en relación con las sentencias, pues también cobija a los autos y providencias susceptibles del recurso de apelación; ii) la nueva concepción aplica también a hechos investigados y juzgados por la Ley 600 de 2000, siempre que la decisión cuestionada haya sido emitida después del 1º de enero de 2005, cuando entró en vigencia gradual y sucesiva el nuevo sistema acusatorio; iii) la víctima igualmente es sujeto de este beneficio en los eventos donde actúa como apelante único.

En tal sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2011 precisó:

*La nueva articulación y estructura constitucionales del sistema acusatorio justifica extender el ámbito de aplicación de la garantía procesal de la interdicción de la reformatio in pejus, a*

cualquier situación, es decir, a toda decisión adoptada por un juez de control de garantías o de conocimiento que fuese susceptible de apelación por alguno de los intervinientes en el proceso.

En tal sentido, el diseño constitucional de la garantía procesal de la no reformatio in pejus conlleva a que ésta constituya ( i ) un límite a la actividad del ad quem en el sentido de que le está vedado agravar la pena o sanción impuesta al condenado o afectado en un proceso o procedimiento administrativo; ( ii ) evite que este último sea sorprendido con una sanción que no tuvo oportunidad de controvertir; y ( iii ) permita el ejercicio del derecho de defensa, ya que aleja el temor al incremento de aquélla. Nada obsta, sin embargo, para que el legislador amplíe el ámbito de protección de dicha garantía constitucional, a condición de que no vulnere alguna disposición constitucional; tanto menos y en cuanto, el nuevo modelo procesal penal, al igual que el respeto por los derechos de las víctimas, justifican tal ampliación.

En efecto, en los sistemas acusatorios existe una tendencia a limitar los poderes del superior jerárquico, a diferencia de lo sucedido en los sistemas inquisitivos por cuanto, como los sostiene Maier, en estos últimos, el recurso de apelación contra la sentencia se encontraba íntimamente ligado con la idea de delegación del poder jurisdiccional que gobernaba la administración de justicia, de suerte que el poder que se había delegado en el inferior debía devolverse por completo al superior, lo que implicaba acordarle a este último amplios poderes para revisar lo decidido por el a quo. Por el contrario, en un modelo procesal penal de tendencia acusatoria, los poderes del juez de segunda instancia se encuentran limitados por lo decidido por el inferior jerárquico.

De igual manera, extender la prohibición de la reformatio in

*pejus a cualquier situación es conforme con un principio esencial de los sistemas acusatorios, cual es, la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia. En efecto, la imparcialidad del órgano jurisdiccional que se pretende garantizar con el principio acusatorio exige que se impida condenar por hechos distintos de los acusados o a persona distinta de la acusada, es decir, debe existir una correlación entre el acto de acusación y la sentencia. Así mismo, ampliar la garantía de la interdicción de la reformatio in pejus constituye un medio para asegurar en mejor medida los derechos de la víctima a la justicia, la verdad y la reparación, ya que cuando ésta se constituya en apelante único, el superior jerárquico no podrá desmejorar la situación en relación con el disfrute de tales derechos amparados por la Constitución y por los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.*

*En suma, el principio de la limitación al superior se potencia mucho más en la filosofía y dinámica del nuevo sistema procesal penal, pues tratándose de un sistema de partes adquiere mayor sentido un límite para el superior. Por lo tanto, la extensión que el legislador operó de la garantía de la no reformatio in pejus es conforme con uno de los principios básicos del sistema acusatorio, cual es, limitar las facultades del superior jerárquico en sede de apelación.*

*En este orden de ideas, la Corte declarará exequible la expresión ‘El superior no podrá agravar la situación del apelante único’, del artículo 20 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado...”.*

De igual forma, la Sala ha ampliado la comprensión de la garantía, entre otros, en los siguientes pronunciamientos:

*“...el artículo 20 de la ley 906 de 2004 extiende la prohibición a las providencias proferidas en segunda instancia, al señalar que ‘El superior no podrá agravar la situación del apelante único’, de modo que la prohibición de la reforma en peor cuando se trata de recurrente único abarca las decisiones adoptadas en dicha instancia...” (CSJ SP 21 julio 2010, Rad. 30460).*

Y en otra determinación precisó cómo la nueva comprensión del instituto también aplica a los asuntos tramitados a la luz de la Ley 600 de 2000:

*“...cuando en un asunto regido por la ley 600 de 2000 el fiscal ad quem (ya sea en la calificación del mérito del sumario o en cualquier otra providencia interlocutoria susceptible del recurso de apelación) agrava la situación jurídica del procesado siendo éste apelante único, o modifica en detrimento de sus intereses y desbordando el ámbito de su competencia una decisión acerca de la cual los sujetos procesales que tenían interés jurídico para impugnarla no lo hicieron, desconoce por mandato legal (en aplicación retroactiva del inciso 2° del artículo 20 de la ley 906 de 2004) la garantía de la prohibición de reforma en perjuicio (además de los derechos de defensa, segunda instancia y contradicción como elementos integrantes del debido proceso), en la medida en que la resolución cuestionada haya sido emitida después del 1° de enero de 2005, es decir, de la entrada en vigencia gradual y sucesiva del nuevo sistema acusatorio.*

*(...)*

*Por último, si bien es cierto que los argumentos y las decisiones adoptadas en primera instancia no vinculan a la segunda, como lo sostuvo el funcionario de primera instancia, también lo es que la competencia del superior jerárquico está limitada por el tema*

*materia de impugnación, de manera que el ad quem no podía desbordar el ámbito de lo recurrido revocando las decisiones no apeladas del a quo, ni tampoco dictando cualquier otra decisión de carácter oficioso (a menos, claro está, que encontrase la necesidad de anular por vulneración de garantías judiciales, lo que no sucedió en este caso)”. (CSJ SP 19 mayo 2010, Rad. 33529).*

De esta manera, la Corporación, en aplicación del principio de favorabilidad, profundizó y unificó el alcance del instituto de la *reformatio in pejus*, estableciendo que cuando el procesado es apelante único está prohibido modificar la decisión (sentencia o providencia interlocutoria) en su perjuicio, así se trate de procedimientos regidos por la Ley 600 de 2000, siempre que la decisión cuestionada se haya proferido con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema procesal acusatorio.

Así mismo, extendió la figura a los perjuicios, bajo el entendido de que en relación con éstos, tampoco podrá existir reforma peyorativa cuando el procesado sea impugnante único:

*“Pues bien, entiende ahora la Sala que el término utilizado en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 906 de 2000 “no podrá agravar la situación”, no sólo tiene efectos frente al tipo de providencias susceptibles de reforma peyorativa, sino que adquiere una connotación o cobertura mucho mayor, en donde también cabe lo decidido frente a la condena en perjuicios, en tanto, como se destacó en la última providencia en cita, impide*

*al ad quem dictar cualquier decisión que oficiosamente perjudique al recurrente en apelación, y dicho sea de paso también al de casación, cuando uno y otro se han promovido con fines defensivos exclusivamente .*

*De ese modo y en lo que atañe concretamente a la condena en perjuicios, con la reformulación de la garantía se torna irrelevante determinar si tienen o no el carácter de pena o sanción, pues lo verdaderamente esencial es que ante el presupuesto de haber sido la providencia apelada u objeto de recurso extraordinario de casación con fines defensivos de manera exclusiva, el superior no puede irrogar desmejora alguna oficiosamente, en la medida, eso sí, que la providencia haya sido dictada con posterioridad al primero de enero de 2005, fecha en la cual entró a regir, de forma paulatina, la Ley 906 de 2004 en territorio patrio". (CSJ SP 21 de marzo de 2012, Rad. 33101).*

Entonces, tal como lo expuso el recurrente, la figura de la *non reformatio in pejus* en la actualidad ostenta una connotación y alcance diferente al que tuvo en el pasado y aplica a las actuaciones adelantadas al amparo de los dos ordenamientos procesales coexistentes. Por tanto, no se circunscribe exclusivamente a las sentencias sino que debe respetarse frente a todas las providencia interlocutorias donde exista apelante único.

## **ii) Del caso concreto**

El impugnante afirma que la Fiscalía Novena

Delegada ante la Corte Suprema de Justicia vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la doctora *OMAIRA ÁLVAREZ CARRILLO*, en su componente *non reformatio in pejus*, al decretar la nulidad de la resolución de acusación proferida por el Fiscal Tercero Delegado ante el Tribunal porque ello comportó que el nuevo pliego acusatorio se profiriera por un delito más gravoso.

Por su parte, el Tribunal *a quo* considera inexistente la incorrección planteada, en la medida que la nulidad fue decretada por la presencia de un yerro sustancial en un acto procesal, sin que existiese otro mecanismo jurídico de solución o remedio. En ese contexto, agrega, la fiscalía *ad quem* controló la legalidad de la decisión para lograr concordancia entre la imputación fáctica y jurídica y precaver posibles incongruencias entre la acusación y una futura sentencia.

Pues bien, la Sala considera que no le asiste razón al impugnante cuando pregona la vulneración de la prohibición de la *reformatio in pejus* por parte de la determinación de segunda instancia del 20 de mayo de 2013 por cuyo medio se dispuso anular la resolución de acusación con el objeto de que se calificara el mérito del sumario por el punible correspondiente a la imputación fáctica, esto es, prevaricato por acción.

Lo anterior porque la fiscalía de segundo grado objetivamente no agravó la situación de la procesada en la medida que ejerció control de legalidad a la imputación jurídica por considerarla alejada de la imputación fáctica que la sustentaba.

En efecto, en la apertura de la investigación, en la indagatoria y en la definición de situación jurídica se hizo alusión al punible de prevaricato por acción presuntamente cometido con ocasión del fallo de tutela proferido por la doctora *OMAIRA ÁLVAREZ CARRILLO* el 8 de noviembre de 2006, imputación frente a la cual se pronunció la defensa material y técnica.

Sin embargo, sorpresivamente, el Fiscal Tercero Delegado ante el Tribunal Superior calificó el mérito de sumario por el punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, situación que para la fiscalía *ad quem* comportó la ruptura del principio de legalidad por cuanto esa calificación jurídica se aparta de la imputación fáctica vertida a lo largo de la actuación, consistente en que la doctora *ÁLVAREZ CASTILLO* habría emitido una decisión manifiestamente contraria a la ley.

En ese contexto, aunque la defensa señala que la Fiscalía Delegada ante la Corte empeoró la situación de su prohijada, ello no es así porque ese despacho judicial no

emitió una decisión por cuyo medio la desmejorara objetivamente incluyendo un tipo penal más gravoso o adicionando alguna causal de agravación no contemplada por el *a quo*. Y si bien decretó la nulidad del calificadorio, lo hizo con el propósito de permitir a la instancia adecuar la imputación jurídica a la imputación fáctica puesta de presente a la procesada y a su defensa a lo largo de la instrucción, en procura de preservar la congruencia que necesariamente debe existir entre esos dos aspectos.

Como se estableció en el acápite anterior, es cierto que en virtud del principio de favorabilidad la prerrogativa de la *non reformatio in pejus* se extendió a todas las determinaciones del proceso penal donde exista apelante único, trátase de actuaciones adelantadas al amparo de la Ley 600 de 2000 o del sistema acusatorio.

Con todo, la prohibición de la *reformatio in pejus* en eventos de apelantes únicos no elimina la posibilidad del superior de reestablecer la legalidad cuando advierta su vulneración. En tal sentido la Sala ha analizado el tema de la siguiente manera:

*“Es cierto que en vigencia de los anteriores códigos de procedimiento penal (Artículo 217 del Decreto 2700 de 1991 y artículo 204 de la Ley 600 de 2000) existían disposiciones explícitas orientadas a regular la limitación del superior, en tanto, la impugnación impone límites a la competencia del ad*

quem y fija los parámetros del debate en el pronunciamiento sin que se pueda desmejorar la situación de apelantes únicos, lo inexcusable es que existe una tensión entre los principios de legalidad y de limitación.

Esa tensión tiene su núcleo en el artículo 31 de la Carta Política que consagra el principio de la doble instancia y la prohibición de reforma peyorativa.

Sin embargo, los casos de nulidad por errónea calificación jurídica no implican –en estricto- una reforma en peor, tal como sucedió aquí, sencillamente porque cuando el superior anuló la sentencia por lesiones y dispuso rehacer el procedimiento a partir de la acusación, de ninguna manera incrementó la pena, que como bien se sabe, sólo se impone en una sentencia condenatoria, estadio procesal que para la fecha de invalidación se mostraba lejano al tener que tramitarse –nuevamente y por juez distinto – la etapa de juzgamiento.

En esta materia, la Sala viene precisando que es insoslayable “...el hecho de que el funcionario judicial, tanto como los intervinientes en el proceso siempre tienen un referente ineludible en el papel que cumplen en el proceso penal: La Constitución y la Ley”. Y si ello es así, la formulación errónea de la imputación tiene su punto correctivo en la declaratoria de nulidad, porque en todos los casos “...las decisiones judiciales deben adoptarse dentro del marco de la legalidad, de los derechos y garantías fundamentales”.

Por ello, no puede entenderse la declaración de nulidad del proceso penal por errónea adecuación típica como una reforma peyorativa. La Sala no elude la discusión académica en el sentido de que se trate de “una verdad a medias” porque de todos modos al anular la imputación por una conducta leve (lesiones personales) y después convocar a un juicio por una conducta de mayor entidad (homicidio imperfecto), se genera

*alguna carga procesal (no penal) en disfavor del imputado. Agréguese a lo anterior que la limitante constitucional a la reformatio in pejus no encuentra cabida en una situación procesal como la puesta de presente y materia de reclamo, sencillamente porque una vez en firme la invalidez, el proceso –desde la óptica estrictamente jurídica- carece de sentencia y por ende desaparece la sanción impuesta” (subrayas propias) (CSJ SP 28 nov 2007, Rad No. 23883).*

Entonces, la Fiscalía General de la Nación ostenta el deber de acusar por el punible que realmente contenga la descripción de los hechos investigados. Por ello, si la segunda instancia observa una falencia trascendental en esa materia tiene la obligación de procurar su restablecimiento por parte de la fiscalía *a quo*.

Con ello no se vulnera el principio de autonomía judicial del artículo 230 del Constitución Nacional porque esa prerrogativa no es absoluta y admite limitaciones, entre ellas, el respeto de la Constitución y la ley, como lo ha señalado la Corte Constitucional,

*“Sin embargo, también es claro que la autonomía judicial que se protege, en materia de interpretación, no es del todo absoluta. Al respecto, la sentencia T-688 de 2003, recordó precisamente que en esta área concreta existen criterios objetivos que permiten fijar un límite legítimo a la interpretación judicial, en la medida en que orgánicamente establecen premisas generales que no pueden ser libremente desechadas por el fallador, así:*

*a) Los recursos de apelación y consulta en la estructura*

*orgánica de la rama judicial, permiten precisamente que el superior revise una decisión del a quo. Si ello es así, es claro que el juez superior puede controlar la interpretación del inferior frente a normas concretas o aspectos jurídicos específicos, por lo que el juez inferior deberá en principio tener en cuenta las apreciaciones del juez superior al respecto, y no desoír libremente estas consideraciones. De ahí que si lo que pretende es apartarse de las consideraciones del superior, su carga mínima será fundar esa separación de las consideraciones del superior en su decisión. En este sentido, puede decirse objetivamente, que el juez de instancia está limitado por el precedente fijado por su superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta, por lo que en casos similares deberá evaluar sus consideraciones con base en las observaciones que se le hagan, so pena de que en sede de apelación le sea avalada o refutada la doctrina establecida en un caso concreto.*

*b) El recurso de casación, en el mismo sentido, tiene por objeto principal la unificación de la jurisprudencia judicial y proveer la realización del derecho objetivo. (...)*

*c) Ahora bien, el precedente que se ha mencionado, no es el único factor que restringe la autonomía del juez. Criterios como la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, exigen que los pronunciamientos judiciales sean debidamente fundamentados y compatibles con el marco axiológico, deóntico y el cuerpo normativo y constitucional que compromete el ordenamiento jurídico. Incumplir con estas exigencias llevaría al absurdo de permitir que la mera liberalidad y opinión de los jueces definiera situaciones jurídicas específicas, sin la exigencia de la aplicación de las razones jurídicas propias para el efecto.*

*d) Por otra parte, el principio de doctrina probable constituye también un límite a la autonomía del juez. Precisamente en las*

*sentencias C-836 de 2001 y SU-120 de 2003, la Corte Constitucional analizó el tema de esta doctrina y concluyó que la doctrina probable supone el respeto de los órganos judiciales hacia la jurisprudencia fijada por el órgano superior. (...)*

*e) Finalmente el principio de supremacía de la Constitución obliga a todos los jueces a interpretar el derecho en compatibilidad con la Constitución. El deber de interpretar de manera que se garantice la efectividad de los principios, derechos y deberes de la constitución, es entonces un límite, si no el más importante, a la autonomía judicial” T-698 22 julio 2004.*

De otra parte, la figura de la variación de la calificación del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, referida en el auto confutado y en la impugnación, está diseñada para una etapa procesal diversa a la instrucción, por manera que no era el instrumento jurídico aplicable por la fiscalía *ad quem* cuando advirtió la falencia que le llevó a nulitar la providencia examinada.

En síntesis, los argumentos esbozados por la defensa no logran persuadir a la Sala de la configuración del yerro atribuido a la providencia apelada, razón por la cual se impone confirmarla respecto de los motivos de inconformidad.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

**RESUELVE**

**CONFIRMAR** la providencia del 30 de octubre de 2013 del Tribunal Superior de Valledupar que denegó la nulidad impetrada por la defensa.

Contra esta providencia no procede recurso alguno. Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria