

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada Ponente

SP244-2023

Radicación 58100

CUI 76001600019920150011601

Aprobado acta n° 119

Bogotá D.C. veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Corte dicta sentencia de casación, en respuesta a la demanda formulada por el agente del Ministerio Público contra la sentencia del 12 de septiembre de 2019, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali. Mediante esa decisión, se revocó parcialmente el fallo de primera instancia, a fin de absolver a JOSÉ ANDRÉS LOAIZA GALÍNDEZ por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o municiones agravado, al tiempo que se modificó la condena impuesta a aquél, como autor de concierto para delinquir agravado.

II. HECHOS

1. Según la sentencia de segunda instancia, en la Comuna 20 de Cali operaba una organización criminal, conocida como “Los Briñez”, con acción focalizada en el barrio Siloé, en donde traficaban estupefacientes, extorsionaban comerciantes, ejecutaban homicidios

selectivos y establecían “fronteras invisibles”. A ese grupo criminal perteneció JOSÉ ANDRÉS LOAIZA GALÍNDEZ, alias roba-pollo, encargado de obtener estupefacientes y a quien la Fiscalía atribuyó la muerte violenta de Andrés Felipe Pérez Penagos, ocurrida el 16 de agosto de 2015, en el barrio Lleras Camargo, de esa comuna.

III. ACTUACIÓN PROCESAL PERTINENTE

2. Por los referidos hechos, el 26 de enero de 2016, ante el Juzgado 28 Penal Municipal de control de garantías de Cali, la Fiscalía formuló imputación al señor LOAIZA GALÍNDEZ como posible coautor de homicidio agravado y porte ilegal de armas agravado, así como posible autoría por concierto para delinquir agravado. Aquél no aceptó los cargos y fue detenido preventivamente.

3. El conocimiento del asunto fue asignado al Juzgado 2° Penal Especializado del Circuito de esa ciudad, ante el cual el fiscal acusó a JOSÉ ANDRÉS LOAIZA GALÍNDEZ como probable responsable de los referidos delitos (arts. 103, 104-7, 340 inc. 2° y 365 num. 5 y 7 del C.P.).

4. El acusado ejerció su derecho a ser juzgado públicamente, trámite al cabo del cual el juez profirió sentencia el 11 de diciembre de 2018. Por una parte, absolvió al señor LOAIZA GALÍNDEZ por el delito de homicidio agravado; por otra, lo declaró responsable como coautor de porte ilegal de armas agravado y autor de concierto para delinquir agravado. En consecuencia, lo condenó a las penas de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años, junto a la de multa en cuantía de 2.700 s.m.l.m., sin lugar a suspensión condicional de la ejecución de la pena ni prisión domiciliaria.

5. En respuesta al recurso de apelación interpuesto por el defensor, el tribunal, mediante la sentencia ya referida, revocó la condena por porte ilegal de armas agravado. En consecuencia -por no haberse impugnado la declaratoria de responsabilidad por concierto para delinquir agravado-, modificó las penas de prisión y de inhabilidad, dejándolas en 10

años.

6. Dentro del término legal, el procurador interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, admitida para estudio de fondo. Cumplido el trámite de sustentación con pronunciamiento del censor, del Fiscal 5º delegado ante la Corte y de la Procuradora 3º Delegada para la Casación Penal, la Sala procede a dictar el fallo de rigor.

IV. SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y TRÁMITE DE SUSTENTACIÓN

4.1. Cargo propuesto por el censor.

7. El demandante denuncia la afectación de la garantía fundamental de non reformatio in pejus, por falta de aplicación de los arts. 31 de la Constitución y 20 inc. 2º de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.).

8. A la hora de dosificar el concurso de conductas punibles constituido por los delitos de porte ilegal de armas y concierto para delinquir, expone, el juez de primera instancia únicamente individualizó la pena por el primer delito, sin determinar la pena para el segundo. Simplemente, habiendo fijado la pena mínima para el porte ilegal de armas (18 años), aumentó otros dos en vista del concurso.

9. Cuando el tribunal revocó la condena por porte ilegal de armas, prosigue, pasó por alto, de un lado, que el juez consideró que era proporcionado imponer el mínimo de pena para ese delito; de otro, que se abstuvo de individualizar la sanción penal en relación con el concierto para delinquir agravado, por lo que, por sustracción de materia, tampoco desarrolló motivación alguna para incrementar el monto mínimo de pena.

10. Sin embargo, resalta, a la hora de redosificar la sanción por el único delito por el que finalmente se condenó (concierto para delinquir agravado), el ad quem vulneró la prohibición de la reforma en peor, dado que, desbordando los criterios aplicados por el juez

de primera instancia en punto de dosificación, sin que fiscal, víctima ni Ministerio Público hubieran cuestionado ese aspecto, adicionó valoraciones, aplicando nuevos criterios cualitativos y cuantitativos para agravar (en dos años) la sanción penal mínima (8 años). A su modo de ver, ello se torna violatorio de la prohibición de reforma peyorativa dado que los errores de motivación o las irregularidades en la tasación deben ceder ante la mentada garantía.

11. En consecuencia, solicita a la Corte que case el fallo impugnado, a fin de reajustar la sanción penal con respecto de los criterios de dosificación aplicados por el juez de primera instancia.

12. El fiscal delegado ante la Corte, la procuradora delegada y el defensor (sin mayor argumentación), coadyuvan dicha pretensión, pues coinciden en que el tribunal desconoció el principio de non reformatio in pejus.

13. El fiscal pone de presente que, si bien se acogieron los motivos de apelación del defensor, lo que condujo a absolver al acusado por el delito de porte ilegal de armas, que produjo una disminución de 20 a 10 años de prisión, esa variación cuantitativa de la pena, pese a ser favorable, vulnera la non reformatio in pejus en el aspecto cualitativo. Ello debido a que, en lugar de aplicar los mismos criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad considerados por el a quo, quien concluyó que las penas mínimas eran suficientes, el tribunal incrementó dos años al mínimo, acudiendo a aspectos desfavorables que no le era dable considerar, en vista del principio de limitación.

14. Por su parte, la procuradora delegada advierte que el tribunal violó directamente la ley sustancial por falta de aplicación de las normas que consagran la prohibición de la reforma en peor. Ello, debido a que, al haber omitido el juez de primera instancia el proceso completo de dosificación de la pena para el delito de concierto para delinquir agravado, y habiendo desaparecido la condena por el delito de porte ilegal de armas, con ello se limitó la

posibilidad para que el tribunal considerara circunstancias de movilidad dentro del cuarto mínimo que hacían más gravosa la sanción.

15. Lo anterior, enfatiza, habida consideración que no fueron tenidas en cuenta por el juez y el único apelante fue el defensor. Es decir, ni la Fiscalía ni el Ministerio Público impugnaron la sentencia de primera instancia, para pensar que el tribunal estuviera facultado para aumentar la pena mínima, como equivocadamente lo hizo.

16. Si bien el ad quem observó el yerro del juzgado en el proceso de dosificación de la pena del delito de concierto para delinquir agravado, al resaltar que no se había procedido a ubicar paso a paso dentro del sistema de cuartos, quiso enmendarlo y erróneamente consideró que “no obstante que la sanción mínima privativa de la libertad se delimita en ocho años, el juez colegiado se distanciará en dos años de ese rango, sin desbordar el límite demarcado por el primer cuarto”, lo que a su juicio deja en evidencia la trasgresión de la prohibición de reforma peyorativa.

V. CONSIDERACIONES

17. La Corte concuerda con los sujetos procesales en que, en efecto, el tribunal violó directamente la ley sustancial por falta de aplicación de los arts. 31 de la Constitución y 20 inc. 2° de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.). Como a continuación se expondrá, a la hora de reajustar la individualización de la pena, el ad quem quebrantó la prohibición de reforma peyorativa, pues en punto de dosificación pasó por alto que el juez, de un lado, erró al dosificar el concurso de conductas punibles; de otro, desconoció la ponderación que el sentenciador a quo aplicó en seguimiento del art. 61 inc. 3° del C.P. Ello condujo a que, a la hora de aplicar los correctivos derivados de la absolución por porte ilegal de armas, desbordara el ámbito de protección de la referida garantía fundamental.

18. En sustento de dicha conclusión, enseguida se pondrán de presente los componentes y alcances de la prohibición de la reforma en peor y las fases de individualización de la pena

(num. 5.1.). Luego, se reseñará la argumentación desarrollada por el ad quem al reajustar la sanción penal (num. 5.2.). Del contraste de este último segmento con las premisas aplicables para la resolución del asunto, se pondrá en evidencia por qué se afectó la aludida garantía fundamental (num. 5.3.).

5.1. Premisas generales de resolución.

5.1.1. Ámbito de protección y contornos de la non reformatio in pejus.

19. El art. 31 de la Constitución preceptúa que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. En ese contexto, resalta la norma, el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único. Esa garantía, propia del ejercicio del derecho de impugnación, se ve ratificada en el art. 20 inc. 2° del C.P.P., que alude a la imposibilidad de que se haga más gravosa la situación del único impugnante.

20. Desde la perspectiva del procesado, acorde con la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP3700-2018, rad. 47.872), la prohibición de la reforma peyorativa está instituida para garantizar el derecho de defensa, toda vez que, al limitar la función del ad quem en lo que pudiera resultarle adverso al apelante único, le posibilita promover la impugnación sin que su voluntad -determinada a ejercer ese medio de refutación- quede afectada o restringida por el temor o la prevención de propiciar con su propio acto el empeoramiento de su situación.

21. En conexión con ello, la jurisprudencia constitucional (sent. C-591 de 2005) destaca varios efectos derivados de la protección instituida en la prohibición de reforma en peor, entre ellos, i) evitar que el procesado en condición de impugnante único sea sorprendido con una sanción que no tuvo oportunidad de controvertir, así como ii) permitir el ejercicio del derecho de defensa sin temor al incremento de la sanción.

22. En la misma línea de pensamiento, la Sala (cfr. SP2168-2016, rad. 45.736) ha clarificado que, en situaciones donde el condenado es apelante único, se viola directamente la ley sustancial -conculcándose consecuentemente el debido proceso y el derecho de defensa- cuando el superior, en cualquier sentido, i) modifica la situación del impugnante único, haciéndola más nociva, ii) fija una carga no considerada por el inferior o iii) varía su forma de responsabilidad por una que implique un mayor reproche penal.

23. A la garantía subyace, entonces, una prerrogativa para ejercer con tranquilidad el derecho de impugnación, en el sentido que, “por mal que le vaya” al impugnante único con el cuestionamiento de la decisión que le perjudica, no obtendrá un resultado más nocivo del que controvierte por vía de interposición del recurso. De ahí que el evento más evidente de conculcación de la prohibición, naturalmente, sea una mayor pena; sin embargo, el ámbito de protección es más amplio, no se limita al factor cuantitativo, sino que, bajo la óptica cualitativa, es dable activar la protección de la non reformatio in pejus en aspectos valorativos concretos que, de cara al interés del impugnante único, son un umbral que no puede traspasarse por el superior al implicar una desmejora de una situación (como lo consagra el art. 20 inc. 2° del C.P.P.) consolidada al no ser objeto de refutación por vía de los recursos.

24. En ese sentido, hay situaciones en las que el juzgador a quo, respecto a una determinada consecuencia jurídica, aplica un juicio normativo que, desde la perspectiva del afectado (impugnante único), no es merecedora de impugnación, por no entenderlo perjudicial a sus intereses. En ese escenario, al titular de la garantía (impugnante único) ha de protegerse impidiendo que el superior modifique el resultado de ese juicio normativo para agravar su situación, menos si la ausencia de cuestionamiento deviene de errores u omisiones del a quo.

25. De ahí que, en cada caso en concreto, para establecer el límite inherente a la prohibición habrá que analizar si, respecto a una situación consolidada por ausencia de

refutación, el superior trasgrede los umbrales inamovibles para imponer efectos nocivos al apelante único, los cuales han de medirse por el particular perjuicio que le causó lo decidido por el inferior, sin que tal análisis comprenda únicamente el factor cuantitativo del monto de la pena. La aminoración de ésta no implica que el superior, entonces, tenga carta abierta para modificar situaciones no cuestionadas por vía de impugnación, por entender los sujetos procesales que no les causaba un perjuicio.

26. En el presente caso, el tribunal quebrantó la referida garantía fundamental, por inaplicación de las normas que la consagran (arts. 31 inc. 2° de la Constitución y 20 inc. 2° del C.P.P.), pues a la hora de corregir el incorrecto procedimiento de dosificación del concurso de conductas punibles aplicado por el juez de primera instancia (que no fue cuestionado por el fiscal, la víctima ni el procurador), pasó por alto que esa omisión no podía suplirse en perjuicio de quien, en condición de apelante único (defensor), no impugnó ese aspecto, porque no le desfavorecía.

27. Para evidenciar ese yerro es menester contrastar las reglas de individualización de la pena con el proceso de dosificación aplicado en las instancias en el asunto bajo examen.

5.1.2. Dosificación de la pena en eventos de concurso de conductas punibles.

28. Según el art. 31 inc. 1º del C.P., ante un concurso de delitos, el sentenciador debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurrencia. De esta manera, en el caso en particular ha de determinarse cuál es la que considera la pena más grave, debidamente individualizada, sin que baste una comparación con los montos generales y abstractos fijados por el legislador en cada tipo penal.

29. Por ello, para determinar el incremento derivado de la concurrencia de conductas punibles, es claro que ha de tomarse como punto de partida la pena más grave, aplicada la debida individualización de cada delito que integra el concurso (CSJ SP 24 jun. 2015, rad.

40.382). Sobre este precepto, la jurisprudencia de la Sala ha fijado los siguientes lineamientos (CSJ SP 12 mar. 2014, rad. 42.623):

a) El juez debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurso. De esta manera, determina cuál es, en el caso concreto, la que considera, según lo presupone la norma, “la pena más grave”.

b) La individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el estatuto sustantivo, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (art. 60 del C.P.); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron y fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61 ibídem (CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856.)

c) Es a partir de dicha “pena más grave” con la cual el funcionario encargado de dosificar la sanción individualiza el incremento debido al concurso. En principio, puede aumentar el monto “hasta en otro tanto”. Esto significa que no es el doble de la pena máxima prevista en abstracto en el respectivo tipo penal el límite que no puede desbordar el juez al fijar la pena en el concurso, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave (entre otras, ver CSJ SP 25 ago. 2010, rad. 33.458).

30. En ese marco, tratándose de un ámbito de dosificación reglado por cuartos y márgenes de movilidad, en los que el sentenciador está sujeto a un deber de motivación si pretende incrementar los montos mínimos de sanción, el procedimiento de individualización ha de orientarse por los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, como lo dicta el art. 3º del C.P. Así mismo, ha de atender la realización de las finalidades de la pena, consistentes, a voces del art. 4º ídem, en la prevención (general y especial), la retribución

justa, la reinserción social y la protección del condenado.

31. Ese ha de ser el trasfondo de los parámetros y fundamentos para la individualización de la pena (arts. 60 y 61 ídem), los cuales no se auto justifican, sino que constituyen una orientación para materializar, a través de la fijación de la sanción, las finalidades punitivas. Si bien el procedimiento de dosificación transita por derroteros reglados, en esencia no es más que un ejercicio de ponderación. Dentro de tal margen de apreciación reglado, al sentenciador no le es dable escoger arbitrariamente un monto que bien le parezca para sancionar. No. Partiendo del respectivo tope mínimo a aplicar dentro del cuarto pertinente, aquél está en el deber de argumentar por qué se aparta de la mínima sanción prevista legislativamente e incrementa, en el caso concreto, el monto de pena.

32. La punición arbitraria está proscrita en un Estado constitucional y, por ello, a fin de legitimar el ejercicio sancionatorio, el juez está en el deber de motivar el proceso de individualización de la pena. En la decisión respectiva ha de quedar claro al penado, así como a la generalidad, que la imposición de una sanción específica a un individuo no es producto del capricho o la arbitrariedad del juzgador, sino el resultado de un serio ejercicio de ponderación de finalidades punitivas, respetuoso de los lineamientos legales pertinentes. Por ello, al tenor del art. 59 del C.P., la sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la sanción.

33. Un tal deber de motivación es expresión directa de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa, al recurso efectivo y al acceso a la administración de justicia, algo trascendental para solucionar el presente caso, pues sólo ante una motivación explícita y suficiente es dable ejercer control sobre la corrección de la decisión y, de esa manera, ejercer la prerrogativa de impugnación (cfr. C. Const., sent. C-145 de 1998).

34. En la misma dirección, esta Corte ha puesto de presente que la motivación de las decisiones hace parte de la garantía al debido proceso, la cual se concreta en el derecho que

tienen los sujetos procesales de conocer los supuestos fácticos, las razones probatorias concretas y los juicios lógicos sobre los cuales el juez construye su decisión. Sólo así puede permitírseles ejercer un control sobre el proceso e identificar los puntos que son motivo de discordia (cfr. CSJ SP 12 dic. 2005, rad. 24.011).

35. En síntesis, el debido proceso sancionatorio está integrado por el respeto del principio de proporcionalidad en la imposición de la pena, el seguimiento de los lineamientos legales para la individualización de la sanción y el acatamiento del deber de motivar suficientemente el procedimiento de dosificación.

5.2. Reconstrucción del proceso de individualización de la pena en las instancias.

36. A la hora de individualizar la sanción penal, el juez de conocimiento puntualizó:

Se trata de un concurso heterogéneo de hechos punibles y para estos efectos tenemos que atemperarnos a los dictados del art. 31 del Código Penal: “el que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas

cada una de ellas”.

En este caso, sin incertidumbre alguna puede mencionarse que se trata del punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado (art. 365-3-7), modificado por el art. 9° de la Ley 1453 de 2011, que una vez integradas las causales específicas de agravación, arroja unos hitos oscilantes entre 18 y 24 años de prisión, que refleja los siguientes cuartos de movilidad:

Un primer cuarto que va de 216 a 234 meses, mientras que el segundo de 234 meses 1 día a 252 y el tercer cuarto medio de 252 meses y 1 día a 270 meses, en tanto que el último cuarto medio fluctúa entre 270 meses y 1 día y 288 meses.

El paso siguiente es establecer el ámbito punitivo de movilidad, siendo preciso para el efecto tener presente, que la formulación de acusación incluyó agravantes específicos que ya fueron considerados al integrar los cuartos de movilidad. Lo que conduce a considerar con apego al art. 61 que el ámbito para establecer la sanción a imponer tendrá que ubicarse en el primer cuarto, toda vez que la causal específica de agravación concurrente ya está integrada al tipo, resaltando también la ausencia de antecedentes del encartado, es decir, que no puede ser menor a 216 meses (18 años) ni mayor a 234 meses de prisión (19 años y 6 meses).

Dentro de los citados extremos, que marcan los límites de la legalidad de la pena, en lo relativo a la privación de la libertad, dispone la citada norma que, en orden a cuantificar la sanción, deben evaluarse factores tales como: mayor o menor gravedad de la conducta, daño real o potencial creado, la intensidad del dolo, preterintención o culpa según el caso, la naturaleza de los agravantes o atenuantes si los hay, la necesidad de la pena y la función que ésta debe cumplir.

Ciertamente, la real afectación de un importante bien jurídico como lo es seguridad pública, para el Legislador descolla en importancia; las particularidades que rodearon el hecho punible que indudablemente ameritan el calificativo de graves, por el nefasto mensaje que se brinda a la comunidad, sobre el nulo valor que tienen para el acusado caros derechos como la paz, la seguridad y la salud pública, pues acorde con el testimonio de Jonathan A. Rivera, buena parte de su vida se ha dedicado en asocio con miembros de la banda Los Briñez a sentenciar a muerte a diestra y siniestra a todos aquellos que se convierten en un obstáculo en el ejercicio de sus actividades al margen de la ley, dentro de la dinámica implementada por una organización delictiva de innegables efectos lesivos en torno a la

seguridad y tranquilidad de un vasto sector del municipio de la ciudad de Cali, que ha generado un daño de incalculables dimensiones según se advierte del contenido del testimonio de las personas afectadas que así lo dieron a conocer en juicio.

Y que, de igual manera, desafían la capacidad del Estado para restablecer los derechos afectados, lo que ameritaría apartarnos del hito mínimo de la norma infringida si no se advirtiera que, por la drasticidad de la sanción contemplada para el delito más grave, son más que suficientes los dieciocho años de prisión previstos como sanción mínima para el delito más grave, los que se adicionarán en dos años y 2700 salarios mínimos legales mensuales, para castigar el delito de concierto para delinquir agravado, para una pena definitiva a imponer de veinte años de prisión y multa equivalente a 2700 salarios mínimos legales mensuales, al hallarlo penalmente responsable de los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado y concierto para delinquir agravado.

La pena que se impone se estima necesaria en términos de prevención general y especial, pretendiendo con ello motivar a la generalidad de los ciudadanos para que se abstengan de atentar contra importantes baluartes de la convivencia como lo es la seguridad y la salud pública.

La sanción es proporcionada y moderada, pues consideramos que, al imponer veinte años de prisión, a pesar de que dista mucho de la pena que realmente ameritan los hechos, la sanción guarda simetría con la naturaleza de los delitos cometidos. Estos principios los acentuamos con la idea de racionalidad, consultando los postulados de humanidad, que inspiran la imposición de la sanción penal enmarcada dentro de los linderos propios de una organización social democrática y participativa como lo es la nuestra.

37. A su turno, tras concluir la ausencia de mérito probatorio suficiente para condenar al señor LOAIZA GALÍNDEZ por el delito de porte ilegal de armas, el tribunal, a la hora de

reajustar la sanción penal, aplicable únicamente por el delito de concierto para delinquir agravado, razonó de la siguiente forma:

Para realizar la dosificación se tendrá en cuenta lo previsto en los arts. 60 y 61 del C.P., con el fin de lograr la determinación de los mínimos y máximos aplicables y la división de los ámbitos de movilidad.

Ante la inobservancia de circunstancias modificadoras de los límites mínimos establecidos en la pena...la tasación de ésta se hará dentro del cuarto mínimo, conforme a los siguientes parámetros:

El atentado al bien jurídico de la seguridad pública con la conducta de concierto para delinquir agravado, descrita en el art. 340 inc. 2° del C.P., consagra una sanción de 8 a 18 años de prisión y multa de 2.700 a 30.000 s.m.l.m., estableciéndose el ámbito de movilidad en 120 meses y 27.300 s.m.l.m., rangos que llevan a determinar cuartos de movilidad de la siguiente forma: cuarto mínimo (de 96 a 126 meses); cuartos medios (de 126 a 186 meses) y cuarto máximo (de 186 a 216 meses).

No obstante que la sanción mínima privativa de la libertad se delimita en 8 años, el juez colegiado se distanciará en 2 años de ese rango, sin desbordar el límite demarcado por el primer cuarto, por dos motivos básicos.

Primero: el juez de conocimiento, si bien tomó como pena base la prevista para el porte de armas agravado, consideró de suma gravedad el comportamiento general del procesado, desarrollando el discurso desde su participación en la organización "Los Briñez" que, en su sentir, ameritaba apartarse del hito mínimo punitivo, de no advertir que, por la drasticidad de la sanción contemplada para el delito más grave, aquél se tornaba suficiente.

Segundo: el ordenamiento insta la observancia de los aspectos de ponderación decantados en el inciso 3° del art. 61 ídem, como son: la mayor o menor gravedad de la conducta, el

daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agravan o atenúan la responsabilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o culpa concurrente, la necesidad de la pena y la función que ésta ha de cumplir en el caso concreto.

Mostrando esta causa que el acusado tenía un rol específico y de importancia para la organización, encargado prácticamente de la logística para colocar en el comercio, en la modalidad de micro-tráfico, sustancias estupefacientes, lesionando a gran escala el bien jurídico que el ordenamiento tutela con ese delito, a través del cual el Estado garantiza las condiciones para preservar la armonía y la paz social y, por ende, la real protección de otros bienes -abstractos o específicos- que potencialmente pueden verse afectados con dicha conducta, como la salud pública. Comportamiento autónomo descrito por LOAIZA GALÍNDEZ, que demanda un mayor reproche dado el impacto social que causa la actividad específica concertada, logrando causar zozobra e inseguridad en la comunidad e incentivando el consumo de estupefacientes en los jóvenes, como población más vulnerable a este flagelo.

Ese marcado dolo, la mayor gravedad del delito y el mal realmente creado, son el derrotero que anima al juez colegiado a imponer una sanción conforme a esa realidad, lógicamente sin violentar el principio de legalidad, estando acreditado de manera satisfactoria y suficiente el detrimento causado a los intereses de la sociedad, socavando incluso otros bienes y derechos de todo aquel que se mostrara como un obstáculo para la consecución del designio criminal, lo cual quedó evidenciado con la pluralidad de testimonios del sector, policía judicial e, incluso, de un exintegrante de la organización.

Luego, como se anotó, la pena básica se incrementará en 2 años, determinándose como sanción definitiva 10 años de prisión. Aunque la pena de multa, por ser principal también debe dosificarse, se mantendrá incólume en aras de no vulnerar el principio de non reformatio in pejus, dado que se impuso el monto mínimo.

5.3. Concreción de la inobservancia de la prohibición de reforma en peor.

38. Pues bien, de lo hasta aquí expuesto cabe precisar, como primera medida, que la individualización de la pena por el delito de porte ilegal de armas, efectuada por el a quo, decayó al revocarse la condena por ese delito, por el que el tribunal emitió una decisión absolutoria.

39. Ante ese panorama, el reajuste de la sanción penal sería sencillo: simplemente habría que condenar al acusado a la pena impuesta por el único delito en relación con el cual subsiste la declaratoria de responsabilidad penal (concierto para delinquir agravado). Mas en este caso no se pudo aplicar ese correctivo en vista de que el juez de conocimiento desatendió el procedimiento de dosificación previsto en el art. 31 del C.P., dado que no individualizó la pena de prisión correspondiente a este último delito, sino que lo hizo únicamente en relación con el de porte ilegal de armas, cuya sanción escogió como más gravosa, con fundamento en las penas previstas en el tipo penal.

40. Ahora, la apelación contra el fallo de primer grado únicamente se dirigió a cuestionar la declaratoria de responsabilidad por el delito de porte ilegal de armas, pues el defensor textualmente aceptó que “quede en firme la condena por el delito de concierto para delinquir agravado con fines de narcotráfico, ajustando la pena en la sentencia en lo que corresponde para dicha conducta penal”.

41. En ese marco, más allá de los límites cuantitativos (penas principales inicialmente impuestas: de prisión por 20 años y multa de 2.700 s.m.l.m.), la situación del apelante único, en punto de la condena por concierto para delinquir agravado está delimitada por tres factores inamovibles, a saber: i) que la pena ha de imponerse en el primer cuarto, dada la ausencia -verificada por el a quo- de agravantes genéricas, así como la concurrencia de una atenuante por inexistencia de antecedentes penales; ii) que no se invocó, concretó ni desarrolló argumentativamente ningún factor (art. 61 inc. 3° del C.P.) pertinente para

incrementar el monto mínimo de la pena de prisión y iii) debiéndose aplicar también el procedimiento de cuartos para la pena de multa, se impuso el monto mínimo para ésta.

42. De ahí que el contraste del proceder del *ad quem* con las premisas definitorias del ámbito de protección de la garantía de *non reformatio in pejus* (num. 5.1.1. *supra*) pone en evidencia una reforma peyorativa al momento de reajustar la sanción penal, subsecuente a la absolución por porte ilegal de armas. El desconocimiento de la prohibición estriba en que, al desaparecer el concurso y subsistir la declaratoria de responsabilidad únicamente por el concierto para delinquir agravado, el superior adicionó una carga argumentativa no considerada por el inferior, a fin de incrementar el mínimo de la pena de prisión correspondiente al concierto para delinquir agravado.

43. Y el tribunal no podía suplir la omisión del juez de individualizar la pena de prisión para ese delito, porque no se trataba de una situación novedosa ni distinta que le abriera la puerta para aplicar, por primera vez, el correspondiente juicio de dosificación. No. El mandato contenido en el art. 31 del C.P. era el de individualizar la sanción penal correspondiente a cada conducta punible por la que se declaró la responsabilidad. Al no hacerlo el juez de primer grado, consolidó la imposibilidad de incrementar el monto mínimo del cuarto correspondiente, pues, se insiste, tal desplazamiento en el ámbito de movilidad no es discrecional, sino sujeto a un deber de motivación.

44. Mas si éste fue inobservado por el *a quo*, mal podría sorprenderse al impugnante único con la aplicación de un juicio normativo novedoso por el tribunal, el cual, además, se tornaría incuestionable por la vía de los recursos ordinarios. Y menos podía el *ad quem* proceder así en el presente asunto, como quiera que no sólo invocó argumentos no considerados por el juez de primera instancia, sino que, en el fondo, desatendió una razón expuesta por el *a quo*, la cual permite inferir que estimaba suficiente sancionar con las penas mínimas en ambas conductas, esta es, que, al momento de imponer la pena de multa, derivada únicamente del concierto para delinquir agravado, el juez de conocimiento

impuso el monto mínimo (2.700 s.m.l.m.).

45. Adicionalmente, pese a que hubo ausencia de dosificación por el concierto para delinquir, en aplicación del criterio de corrección justa y proporcional (cfr., entre otras, CSJ SP338-2019, rad. 47.675), habría que trasladar el criterio aplicado por el a quo a la dosificación ajustada por el ad quem. Por supuesto, no habría lugar a aplicar un porcentaje de incremento, pero sí un referente valorativo, como es el de imponer el mínimo de pena.

46. Empero, desconociendo todos esos factores, el tribunal desarrolló una motivación de mayor gravedad e intensidad del dolo, focalizada en la afectación de la salud pública y el incentivo del consumo de estupefacientes en la juventud, eje argumentativo para nada considerado por el a quo, a fin de incrementar el mínimo de la pena de prisión en dos años, pese a estarle vedada esa agravación de la sanción.

3.1. Conclusión.

47. En síntesis, el tribunal desbordó los límites derivados de la prohibición de la reforma peyorativa, inaplicando sus efectos, dado que, bajo el erróneo entendimiento que la garantía en cuestión solo tiene una faceta cuantitativa, se creyó habilitado para desconocer una situación consolidada en cuanto a la individualización de la pena por el concierto para delinquir, a saber, la ausencia de motivos para incrementar el mínimo de la pena, concretadas en un juicio de falta de necesidad de apartarse de ese monto de sanción.

48. De ahí que deba casarse la sentencia de segunda instancia a fin de corregir el yerro detectado, mediante la supresión del incremento de dos años en la pena de prisión y en la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el delito de concierto para delinquir agravado, las cuales se fijan en ocho años.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: casar parcialmente la sentencia impugnada. En consecuencia, imponer a JOSÉ ANDRÉS LOAIZA GALÍNDEZ, como autor de concierto para delinquir agravado, las penas de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ocho años. En lo demás, la decisión permanece incólume.

Segundo: advertir que contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.

Hugo Quintero Bernate

presidente

Myriam Ávila Roldán

Fernando Bolaños Palacios

Gerson Chaverra Castro

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Luis Antonio Hernández Barbosa

Fabio Ospitia Garzón

Carlos Roberto Solórzano Garavito

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria