



Radicado No. 20211600023221
Oficio No. FDJSJ-10100-
16/07/2021
Página 1 de 8

Bogotá, D.C.

Doctor

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado - Sala de Casación Penal

Corte Suprema de Justicia

Calle 12 No. 7-65. Palacio de Justicia Alfonso Reyes Echandía -

Bogotá - Bogotá D.C.

ASUNTO:	Sustentación – recurso extraordinario de casación
Radicación	No. 58.100
Implicado:	José Andrés Loaiza Galíndez
Delito:	Concierto para delinquir agravado

Respetado doctor PATIÑO:

En acatamiento de lo dispuesto en Auto de 4 de junio de 2021, proferido por el Despacho a su digno cargo, el Fiscal Quinto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, en calidad de no recurrente, comedidamente presenta ante la Sala de Casación Penal la intervención por traslado a la Fiscalía General de la Nación.

1. Ello, en el trámite del *recurso extraordinario* interpuesto por el Procurador 62 Judicial Penal II de Cali, en el siguiente trámite procesal básico:

- Mediante sentencia de 11 de diciembre de 2018, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cali, absolvió a JOSÉ ANDRÉS LOAIZA GALÍNDEZ, por *homicidio agravado*; y lo condenó a la pena de veinte (20) años de prisión y multa por el equivalente a dos mil setecientos (2.700), salarios mínimos legales mensuales vigentes (*smlmv*), por las conductas punibles agravadas de *concierto para delinquir* (art. 340, inciso 2); y *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones* (art. 365, numerales 5 y 7); normas del Código Penal (*Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de 2004 y por la Ley 1453 de 2011*).

- En la condena de primer grado, las penas imponibles se ubicaron en el primer cuarto de movilidad; y, para efectos del concurso, se partió de la sanción mínima legalmente posible sobre el delito más grave (*18 años de prisión, porte ilegal de armas agravado*); y se hizo un incremento de 2 años derivados del punible concurrente (*concierto para delinquir agravado*), para una



sanción final de 20 años de prisión; y multa de 2.700 smlmv.

- Inconforme con la sentencia condenatoria, únicamente el defensor de LOAIZA GALÍNDEZ interpuso el recurso de apelación.

- Al desatar la alzada, con fallo de 12 de diciembre de 2019, el Tribunal Superior de Cali revocó parcialmente la sentencia de primera instancia, en el sentido de absolver a JOSÉ ANDRÉS LOAIZA GALÍNDEZ, de los cargos por *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado*. De ese modo, confirmó la condena exclusivamente por el punible de *concierto para delinquir agravado*; y al redosificar la sanción, le impuso la pena de diez (10) años de prisión y ratificó la multa por el equivalente a dos mil setecientos (2.700) smlmv.

- Para determina la pena privativa de la libertad por el único punible subsistente (*concierto para delinquir agravado, de 8 a 18 años de prisión*), el Juez colegiado de Cali se mantuvo en el primer cuarto de movilidad, pero abandonó el criterio de la sanción mínima. Por ello, impuso a LOAIZA GALÍNDEZ, diez (10) años de prisión; y dejó la multa en la mínima, esto es, dos mil setecientos (2.700) smlmv.

- El delegado del Ministerio Público interpuso el recurso extraordinario de casación.

2. La presente intervención se efectúa en el marco del Acuerdo 020 de 29 de abril de 2020, mediante el cual la Sala de Casación Penal estableció excepcionalmente el método escrito y electrónico (*con extensión máxima de 10 páginas*), para enfrentar las vicisitudes generadas por la pandemia Covid-19.

3. La demanda

Un sólo cargo postuló el Procurador 62 Judicial II Penal de Cali, por violación directa de la ley sustancial, a través de yerros que condujeron a *falta de aplicación* del inciso 2° del artículo 31 de la Constitución Política (*prohibición de la reformatio in pejus*); y generaron *aplicación indebida* del artículo 61 (*fundamentos para la individualización de la pena*) del Código Penal (*Ley 599 de 2000*).

El sentido de la violación –afirma- consiste en que el Tribunal Superior



Radicado No. 20211600023221

Oficio No. FDCSJ-10100-

16/07/2021

Página 3 de 8

de Cali agravó la situación de JOSÉ ANDRÉS LOAIZA GALÍNDEZ, a pesar de que su defensor era apelante único, pues, en lugar de imponerle la sanción mínima por el delito de *concierto para delinquir agravado*, esto es, 8 años de prisión, le incrementó dos más, para una sanción final de 10 años de prisión.

Tal discernimiento es erróneo –sugiere–, porque que el *Ad-quem* tenía que “consultar los mismos criterios cualitativos y cuantitativos tenidos en cuenta por el fallador de instancia”; con independencia de que el Juez de Conocimiento únicamente haya motivado la imposición de la pena para el *porte ilegal de armas agravado*, que en su momento era el punible más grave, y no así respecto del concurrente *concierto para delinquir agravado*, sobre el cual la primera instancia se limitó a decir que incrementaba 2 años de prisión.

Recuerda que “los errores de motivación y/o irregularidades en la tasación deben ceder ante la prohibición de reforma peyorativa”, pues el precepto constitucional que estatuye la *non reformatio in pejus* prevalece aún sobre el principio de legalidad; y, como lo ha dicho la Corte, “en el sentenciado no pueden recaer los efectos de los yerros en que incurren los funcionarios en la labor de administrar justicia.” (Sala de Casación Penal, Sentencia de 21 de abril de 2010, rad. 33418).

De ese modo -concluye- el Tribunal Superior de Cali vulneró derechos fundamentales de LOAIZA GALÍNDEZ, dado que al no acoger los criterios de primera instancia en materia de punibilidad, se apartó de lo dispuesto en la Sentencia C-591 de 2005 de la Corte Constitucional y de la línea jurisprudencial vigente de la Corte Suprema de Justicia, sobre los límites a la competencia del superior funcional en materia del recurso de apelación contra sentencias, cuando se trata de impugnante único.

Con tal convicción, pretende se case parcialmente el fallo cuestionado y se dicte el de reemplazo, donde “se ajuste a 8 años la pena de prisión a imponer a JOSÉ ANDRÉS LOAIZA y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al impuesto como pena privativa de la libertad.”

3. Concepto de la Fiscalía 5ª Delegada



Radicado No. 20211600023221

Oficio No. FDCSJ-10100-

16/07/2021

Página 4 de 8

Analizado el asunto, se observa que el Procurador 62 Judicial II Penal de Cali tiene la razón y, por ende, comedidamente se solicita a la Corte Suprema de Justicia casar la el fallo del Tribunal Superior de Cali como él lo ha demandado. Lo anterior, con base en los siguientes planteamientos.

3.1 En la sentencia de 11 de diciembre de 2018, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cali, condenó a LOAIZA GALÍNDEZ, por las conductas *agravadas de porte ilegal de armas y concierto para delinquir*. Sin embargo, al determinar la pena correspondiente al concurso de conductas punibles aplicó un método indebido, que, además, dejó de lado la invariable y consolidada línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal. En efecto:

- Invocó el artículo 31 del Código Penal (*Ley 599 de 2000*), pero no lo aplicó en su texto ni con la hermenéutica decantada por vía jurisprudencial.

- Anticipó "*sin incertidumbre alguna*"¹ que el *porte ilegal de armas agravado* era el delito más grave (*18 a 20 años de prisión. Artículo 365, numerales 5° y 7° ibídem; modificado por la Ley 1453 de 2011*).

- Aplicó sobre este el sistema de cuartos y se ubicó en el primero.

- Después de disertar sobre los indicadores del artículo 61 ibídem (*gravedad, modalidad, intensidad del dolo*), culminó por imponer la mínima, de 18 años de prisión, tras advertir que "*por la drasticidad de la sanción contemplada...es más que suficiente*."²

- No individualizó la pena que hubiese correspondido al *concierto para delinquir agravado* (*8 a 18 años de prisión; y multa de 2.700 a 30.000 smlmv. Artículo 340, inciso 2 del Código Penal, modificado por la Ley 1121 de 2006*).

- Sobre la base de 18 años de prisión asignados al *porte ilegal de armas agravado*, adicionó –sin motivación alguna– 2 años más derivados del *concierto para delinquir agravado*.

- Así, impuso finalmente, por el concurso de esas conductas punibles, 20 años de prisión y multa por 2.700 smlmv.

3.2 Como se aprecia, el Juez de primera instancia, al dosificar las penas correspondientes al concurso no siguió precisamente el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, ni la línea jurisprudencial vigente, que de manera detallada ha explicado la secuencia lógica paso a paso. Entre ellos, calcular la pena que correspondería a cada conducta cometida, como si fuera la única, teniendo en

¹ Folio 41, sentencia.

² Folio 42, último párrafo, sentencia.



Radicado No. 20211600023221

Oficio No. FDCSJ-10100-

16/07/2021

Página 5 de 8

cuenta en cada caso todas las circunstancias delictuales (*grado de participación, atenuantes, agravantes; etc.*) y también la actitud post delictual, cuando a ello hubiere lugar (*allanamiento a cargos, preacuerdo, reintegro del dinero, etc.*). Y luego de efectuar ese estudio delito por delito, sí determinar cuál depara una pena mayor, para seleccionarlo como base en la dosimetría del concurso.

3.3 En Sentencia del 23 de septiembre de 2015 (SP12861-2015, radicación N° 38076), la Sala de Casación Penal sintetizó así la temática en comentario:

"1. Se dosificará la pena imponible a cada uno de los varios delitos, conforme a los criterios previstos en los artículos 60 y 61 del C.P., esto es: en primer lugar, se establece el ámbito de movilidad (extremos mínimos y máximos) a efectos de lo cual habrá de aplicar las circunstancias modificadoras de la punibilidad, si éstas se presentan. En segundo lugar, ese contorno se divide en cuartos y se escogerá el que corresponda de acuerdo a la presencia de circunstancias genéricas de atenuación y/o de agravación³. En último lugar, el juez individualizará la pena conforme a la gravedad de la conducta, el daño causado, la naturaleza de los factores genéricos de mayor o menor punibilidad, el aspecto subjetivo de la conducta y la función que cumplirá la sanción.

Ahora bien, como quiera que las reglas de medición de las consecuencias del concurso presuponen la determinación de las penas correspondientes a las conductas punibles "debidamente dosificadas cada una de ellas", tal y como lo exige la parte final del inciso 1° del artículo 31 sustantivo; en caso de existir circunstancias que como las postdelictuales implican una modificación de la pena provisionalmente individualizada conforme a los parámetros contemplados en los artículos 60 y 61 antes citados, deberán producir sus efectos en este instante a fin de que se pueda establecer la punibilidad concreta que, en definitiva, se impondría a cada delito. Es claro que los criterios dosimétricos delictuales y postdelictuales, siempre que se presenten, confluyen a la determinación de la pena con la única diferencia del momento en que intervienen: las primeras a la hora de establecer el ámbito de movilidad, mientras que las

³ "El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva". Art. 61, inciso 2°, del Código Penal



Radicado No. 20211600023221

Oficio No. FDCSJ-10100-

16/07/2021

Página 6 de 8

segundas cuando ya se ha dosificado la pena respectiva, es decir, cuando existe una cifra resultante.

Al respecto, debe recordarse que las circunstancias postdelictuales diferentes a las previstas como genéricas de punibilidad, operan frente a las conductas ilícitas en su singularidad, algunas inclusive se circunscriben a una determinada categoría de ellas como ocurre con la reparación en los delitos contra el patrimonio económico (art. 269 C.P.), por lo que necesariamente afectarán sus consecuencias jurídico-penales de manera individual. Este proceder es aún más necesario cuando se trata de un concurso de delitos porque es posible que solo uno o algunos de éstos sean los que presenten esa clase de circunstancias, por lo que su aplicación global es desacertada. Siendo así, en el procedimiento cuantificador de la sanción correspondiente a una pluralidad de conductas, el instituto bajo estudio debe producir sus efectos en la etapa de individualización de las penas imponibles a cada una de ellas.

2. En segundo lugar, se determinará la pena individual más grave entre las que ostenten idéntica naturaleza, es decir, aquélla que afecte con más intensidad los intereses del sentenciado: la de mayor duración en tratándose de la privación de la libertad o la de mayor cuantía si es una de carácter pecuniario. (...).

3. Por último, se aumentará hasta en “otro tanto” la pena más grave, lo cual implica que el incremento por los delitos concursales podrá ser de una proporción cuyo máximo es el doble de aquélla. Ahora bien, el resultado de adicionar la pena en un máximo de otra cantidad igual no puede exceder (i) la suma aritmética de las penas que corresponderían a las respectivas conductas punibles por separado, ni (ii) el tope de 40 años previsto en el inciso 2º del artículo 31 sustantivo⁴.”

3.4 Sobre los límites de la punición del concurso delictual, la Sala de Casación Penal se pronunció, entre otras, en sentencia de 20 de septiembre de 2016 (radicación 47.588). La expresión “*hasta en otro tanto*”, fue explicada en Sentencia de 16 de abril de 2008 (radicación 25304). La misma Corporación, en Auto de 28 de agosto de 2013 (radicación 39286) disertó sobre el principio de proporcionalidad en la punición del concurso, para evitar la “*arbitrariedad judicial*”.

⁴ 60 años a partir de la Ley 890 de 2004 (art. 1º).



Radicado No. 20211600023221

Oficio No. FDCSJ-10100-

16/07/2021

Página 7 de 8

3.5 Cuando el Tribunal Superior de Cali decidió revocar la condena por el *porte ilegal de armas agravado*, sólo subsistió la responsabilidad por el *concierto para delinquir agrado* y encontró que respecto de este punible el *A-quo* no hizo ningún proceso de dosificación y, por ello, *el Ad-quem* asumió esa labor de corrección; lo cual, por vía de principio, parece adecuado. No obstante, la preocupación por hacer las cosas bien lo llevó a prescindir de todo parámetro aplicado en la primera instancia, en especial el consistente en acoger la sanción mínima privativa de la libertad, por estimar que era suficiente.

3.6 Ahí fue cuando el Juez colegiado ignoró los baremos cuantitativos y cualitativos que el Juez de Circuito Especializado sentó y que, por lo mismo, se erigieron como hitos infranqueables frente a los intereses del implicado, por ser su defensor apelante único.

3.7 Por mandato del artículo 20 (*doble instancia*) del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*), "*El superior no podrá agravar la situación del apelante único*", precepto que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005, cuyos presupuestos fueron reiterados en la Sentencia C-799 del mismo año, debido a que se amoldaba completamente a lo dispuesto en el artículo 31 de la Carta, que estableció la prohibición de la *reformatio in pejus* a favor del condenado en el sentido que el superior no podrá agravarle la pena cuando sea apelante único.

3.8 Esa prerrogativa superior no sólo aplica en el ámbito del derecho penal (*artículo 20, Ley 906 de 2004*), sino que forma parte del *debido proceso* en todo el sistema judicial colombiano en la medida que es irradiado por la Constitución Política. Por ello, es viable acudir al Código General del Proceso (*artículos 320 y 328*), según el cual, debe entenderse que el recurso de apelación se interpone para cuestionar lo "*desfavorable*" y otorga al impugnante único la seguridad de que ninguno de los aspectos que no censure o que lo beneficien, podrá ser alterado, en sentido perjudicial a sus intereses, por el superior funcional, quien tiene limitada su competencia, pues sólo queda autorizado para estudiar los temas que proponga el interesado; salvo que deba incursionar en aspectos ligados inseparablemente de los anteriores, pero, obviamente, sin agravar en cualidad ni cantidad la situación del impugnante.

3.9 La Sala de Casación Penal, en Sentencia de 29 de agosto de 2018



Radicado No. 20211600023221

Oficio No. FDCSJ-10100-

16/07/2021

Página 8 de 8

(SP3700-2018; rad. 47.872; M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar), al reiterar su invariable doctrina lo expresó diáfanoamente, de la siguiente manera:

“Desde la perspectiva del imputado o acusado, la prohibición a la reformatio in pejus está instituida para la garantía de su derecho de defensa, toda vez que, al limitar la función del ad quem en lo que pudiera resultarle adverso cuando es apelante único, le posibilita promover la apelación sin que su voluntad—determinada a ejercer ese medio de impugnación— quede afectada o restringida por el temor o angustia de propiciar con su propio acto el empeoramiento de su situación.”

3.10 En el asunto que se examina, se acogieron parcialmente las peticiones del defensor, al punto que JOSÉ ANDRÉS LOAIZA GALÍNDEZ fue absuelto por el delito de *porte ilegal de armas agravado*; con lo cual, objetivamente, se le disminuyó la sanción de 20 años de prisión (*sentencia de primera instancia*) a 10 años de prisión (*fallo de segundo grado*).

No obstante, a pesar de esa significativa disminución cuantitativa de la pena, el *Ad-quem* sí vulneró la prohibición de la reforma en lo peor, toda vez que en vez de aplicar los mismos criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad asumidos por el funcionario *A-quo*, quien arribó a la conclusión de que las penas mínimas eran suficientes, terminó por agregarle dos años más, después de una motivación en aspectos cualitativos que, de manera evidente, resultaron desfavorables para el implicado.

4. Síntesis

Por lo expuesto, comedidamente se solicita a la Sala de Casación Penal casar parcialmente el fallo impugnado, en los términos que lo ha pedido el libelista.

Cordialmente,

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Fiscal Quinto Delegado ante la Corte Suprema de Justicia