**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA DE CASACIÓN PENAL**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**Magistrado Ponente**

SP11728-2014

Radicación n° 43303

(Aprobado Acta No. 288)

 Bogotá, D.C., tres (03) de septiembre de dos mil catorce (2014).

**VISTOS**

 Procede la Sala oficiosamente a emitir sentencia con el propósito de determinar si en este asunto se vulneraron las garantías fundamentales de los procesados Marco Wilson Quijano Mariño, Diego Aldair Vargas Cortés, Carlos Manuel González Alfonso, Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán, miembros del Ejército Nacional, de conformidad con lo resuelto al inadmitir las demandas de casación formuladas por el representante del Ministerio Público y los defensores de los antes mencionados, contra el fallo del Tribunal Superior de Cundinamarca, por cuyo medio se confirmó parcialmente el proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca, que los condenó como coautores del delito de homicidio agravado, además emitió condena contra los dos primeros en cita por la conducta punible de desaparición forzada agravada, y solo al segundo de los mencionados lo declaró penalmente responsable por el ilícito de falsedad ideológica en documento público; mientras que revocó la absolución tanto por el delito de concierto para delinquir agravado que cobijó a todos los incriminados, como por el delito de desaparición forzada que se profirió a favor de los cuatro últimos en mención.

**HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL**

 En pretérita ocasión estos aspectos fueron compendiados por la Sala como se expresa enseguida:

*1. Los primeros fueron sintetizados por la a quo de la siguiente manera:*

*El 9 de enero de 2008, aproximadamente a las 10 y 15 de la noche, por encargo de Ender Obeso, Alexander Carretero Díaz trasladó a* ***Fair Leonardo Porras Bernal****, quien padecía retardo mental moderado, desde Bogotá hasta Ocaña, sitio “Aguas Claras” donde fue recibido al día siguiente por Dairo José Palomino. Desde ese momento se le sustrajo de su esfera espacial y familiar, ubicada en Soacha, alejado de su entorno y despojado de su celular no volvió a tener comunicación con su familia.*

*El 11 de enero de 2008, entre 6:30 y 7:00 de la noche, en un retén dispuesto por miembros del batallón de Infantería número 15 “General Francisco de Paula Santander” (en adelante el batallón o batallón “Santander”), a miembros del primer pelotón de la compañía Búfalo del plan vial meteoro, les fue entregado el señor* ***Porras Bernal****.*

*El 12 de enero de 2008, se reportó como muerta en combate una persona sin identificar, por el teniente Diego Aldair Vargas Cortés, oficial bajo cuyo mando se encontraba el primer pelotón de la compañía Búfalo, del plan vial meteoro, mediante informes presentados al comandante del batallón de Infantería número 15 “General Francisco de Paula Santander” así como al C.T.I., y en el acta de actuación de primer respondiente, víctima que fue sepultada en esa condición, hasta cuando en el mes de septiembre de 2008 se conoció su identidad, se trataba del joven* ***Fair Leonardo Porras Bernal****.*

***Fair Leonardo Porras Bernal*** *fue uno de los jóvenes captados en el municipio de Soacha, por miembros de una organización dedicada a su consecución, con el propósito de entregarlos a miembros del Ejército Nacional, dentro de una práctica secuencial y sistemática para desaparecerlos, y ultimarlos con la finalidad de ser reportados como dados de baja en combate, por tropas pertenecientes o agregadas al batallón “Santander”, y de la brigada móvil 15 dentro de la relación de hechos que entre diciembre de 2007 y agosto de 2008 en Ocaña y su provincia, se presentaron.*

*2. Por los anteriores hechos, el 14 de mayo de 2009, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Soacha (Cundinamarca), la Fiscalía formuló imputación a varios miembros del Ejército Nacional, integrantes de la Compañía Plan Vial Meteoro No. 3, así:*

*2.1 Al mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño y al teniente Diego Aldair Vargas Cortés, como coautores de los delitos de desaparición forzada agravada, homicidio agravado, concierto para delinquir agravado y falsedad ideológica en documento público.*

*2.2 Al cabo segundo Carlos Manuel González Alfonso y a los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán, como coautores de los delitos de desaparición forzada agravada, homicidio agravado y concierto para delinquir agravado.*

*Todos rechazaron los cargos.*

*Seguidamente, a petición del representante del ente acusador, se les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión militar. Apelada esa decisión por los defensores de los imputados, en proveído adiado 24 de junio de 2009 fue confirmada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Soacha (Cundinamarca).*

*3. El 12 de junio de la misma anualidad la Fiscalía radicó escrito de acusación, el cual fue aclarado y adicionado el 15 de marzo de 2010, donde se precisó la imputación jurídica en contra de los incriminados, de la siguiente manera:*

*3.1 Al mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño y al teniente Diego Aldair Vargas Cortés, como coautores de los delitos de desaparición forzada agravada (arts. 165 y 166 num. 1º del C.P.), homicidio agravado (arts. 103 y 104 num. 4º y 7º ídem) y concierto para delinquir agravado (arts. 340 inc. 2º y 342 ejusdem); y en relación con el último en mención, además por la conducta punible de falsedad ideológica en documento público (art. 286 ibídem).*

*3.2 Al cabo segundo Carlos Manuel González Alfonso y a los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán, como coautores de los delitos de desaparición forzada agravada (arts. 165 y 166 num. 1º del C.P.), homicidio agravado (arts. 103 y 104 num. 4º y 7º ibídem) y concierto para delinquir agravado (arts. 340 inc. 2º y 342 ejusdem).*

*4. El 28 de julio de 2009 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca, se dio inicio a la audiencia de formulación de acusación, en cuyo desarrollo fue impugnada la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer del proceso, disponiéndose la remisión de la actuación al Consejo Superior de la Judicatura.*

*En dicha oportunidad intervino la apoderada judicial de la señora Luz Marina Bernal Parra, madre del occiso Fair Leonardo Porras Bernal, reconocida como víctima dentro de la actuación penal.*

*5. Mediante proveído calendado 14 de septiembre de 2009, el Consejo Superior de la Judicatura, en su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, se abstuvo de dirimir el «aparente» conflicto de jurisdicciones, y dispuso devolver las diligencias al Juzgado de Conocimiento.*

*6. Impugnada la competencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca por algunos de los defensores de los acusados, por cuanto estimaron que aquella radicaba en los jueces homólogos de la ciudad de Cúcuta (N. de S.), se remitió la actuación a la Corte, y mediante decisión fechada 18 de noviembre de 2009 asignó el conocimiento del asunto al primero de los despachos en mención.*

*7. Propuesto por el Juzgado 13 Penal Militar de Brigada de Cúcuta, conflicto positivo de competencia al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca, por considerar que la actuación debía ser de conocimiento de la Justicia Penal Militar, y trabado por el último despacho en cita, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en proveído adiado 3 de marzo de 2010, asignó la competencia a la justicia ordinaria.*

*8. El 25 de marzo de 2010 se continuó con la audiencia de formulación de acusación donde se concretaron los cargos en los mismos términos de su versión escrita, y entre el 18 de agosto de dicho año y el 12 de septiembre de 2011, se adelantó la audiencia preparatoria.*

*9. Agotado el juicio oral entre el 15 de noviembre de 2011 y el 30 de marzo de 2012, se dictó sentencia, el 25 de mayo de esta última anualidad, condenando a los acusados de la siguiente manera:*

*9.1 Al mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño a las penas principales de 51 años de prisión, multa de 3.500 SMLMV e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 300 meses, como coautor de los delitos de desaparición forzada agravada y homicidio agravado.*

*9.2 Al teniente Diego Aldair Vargas Cortés a las penas principales de 52 años de prisión, multa de 3.500 SMLMV e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 300 meses, como coautor de los delitos de desaparición forzada agravada y homicidio agravado, y autor de la conducta punible de falsedad ideológica en documento público.*

*9.3 Al cabo segundo Carlos Manuel González Alfonso y a los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán a la pena principal de 35 años de prisión como coautores del delito de homicidio agravado y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 20 años.*

*Así mismo, absolvió al mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño y al teniente Diego Aldair Vargas Cortés del cargo por la conducta punible de concierto para delinquir agravado, y en igual sentido decidió respecto de la responsabilidad penal del cabo segundo Carlos Manuel González Alfonso y de los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán en relación con los ilícitos de concierto para delinquir agravado y desaparición forzada agravada.*

*De igual forma, a todos los procesados se les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitutiva de la prisión domiciliaria, disponiéndose librar orden de captura en contra del mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño, quien se halla prófugo de la justicia.*

*10. Apelado el fallo por la Fiscalía, la apoderada de la víctima y los defensores de los acusados, en sentencia adiada 30 de julio de 2013, el Tribunal Superior de Cundinamarca la confirmó parcialmente por cuanto:*

*10.1**Al mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño y al teniente Diego Aldair Vargas Cortés les revocó la absolución proferida por la a quo respecto de la conducta punible de concierto para delinquir agravado y, en su lugar, los declaró penalmente responsables de esa infracción, imponiéndole al primero una pena de prisión de 53 años y al segundo una sanción de 54 años de privación de la libertad, y mantuvo las penas de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas fijadas por la juez de primera instancia.*

*10.2 Al cabo segundo Carlos Manuel González Alfonso y a los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán les revocó la absolución emitida por la juzgadora de primer grado en cuanto a los delitos de concierto para delinquir agravado y desaparición forzada agravada y, en su lugar, los condenó por esas infracciones, fijándoles una pena de prisión de 53 años, multa de 3.500 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 300 meses.*

*De igual forma, el ad quem declaró en la parte resolutiva del fallo, que los delitos investigados, en el caso de la especie, tienen la connotación de crímenes de lesa humanidad.*

*11. Contra la decisión de segundo grado, el representante del Ministerio Público y los abogados que representan los intereses de los procesados Carlos Manuel González Alfonso, Diego Aldair Vargas Cortés, Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán interpusieron oportunamente recurso de casación.*

 Mediante auto adiado 25 de junio de 2014, esta Corporación inadmitió las demandas y a su vez dispuso que agotado el eventual trámite del mecanismo de insistencia, volviera la actuación al Despacho del Magistrado Ponente, a fin de pronunciarse sobre la posible violación de garantías fundamentales de los procesados.

 Precisamente al aludido medio acudieron los defensores recurrentes en orden a insistir en la admisión de los libelos, solicitud frente a la cual el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, el 13 y 15 de agosto hogaño emitió sendas respuestas en las que consideró que en el asunto de la especie no existe mérito para hacer uso de la facultad de insistencia ante la Sala.

**CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

 **1.** Habida cuenta que inadmitidas las demandas formuladas por el representante del Ministerio Público y los defensores de los procesados, a instancia de estos últimos se agotó el mecanismo de insistencia ante la Procuraduría General de la Nación, cuyo Delegado se abstuvo de hacer uso del mismo, procede la Sala a verificar si los juzgadores de instancia observaron el principio de legalidad de la sanción, al imponerle a los acusados la pena principal y a la vez accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, dado que se desbordó su límite máximo, como pasa a explicarse en adelante.

 **2.** El artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 6º, tanto del Código Penal como de la Ley 906 de 2004, consagra el principio de legalidad, de acuerdo con el cual «*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*».

 El contenido de este postulado se concreta en (i) la legalidad de los delitos, pues a nadie se le puede juzgar por una conducta que previamente no se haya establecido como tal en el ordenamiento jurídico; (ii) el agotamiento del trámite respectivo debe estar previamente definido, así como el o los funcionarios encargados de adelantarlo; y, (iii) la pena correspondiente a la infracción ha de determinarse antes de la comisión del comportamiento, a efectos de que sea posible imponerla a quien resulte declarado responsable en el juicio respectivo.

 Frente a este último aspecto, conviene advertir que el principio de legalidad no solo involucra las penas «*principales*» de prisión, multa y «*las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial*» del Código Penal, según lo dispone su artículo 35, sino que también abarca las «*accesorias*».

 **3.** En el caso concreto a los procesados se les condenó de la siguiente manera:

(i) Al mayor ® Marco Wilson Quijano Mariño, al cabo segundo Carlos Manuel González Alfonso y a los soldados profesionales Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán a las penas principales de 53 años de prisión, multa de 3.500 SMLMV e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 300 meses, como coautores de los delitos de desaparición forzada agravada, homicidio agravado y concierto para delinquir agravado.

 (ii) Al teniente Diego Aldair Vargas Cortés a las penas principales de 54 años de prisión, multa de 3.500 SMLMV e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 300 meses, como coautor de los delitos de desaparición forzada agravada, homicidio agravado, concierto para delinquir agravado y autor de la conducta punible de falsedad ideológica en documento público.

 Conviene relacionar que en orden a individualizar la pena de los acusados Quijano Mariño y Vargas Cortés, la juez a quo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Estatuto Punitivo, tomó como base el delito que prevé la sanción más grave, es decir, el de desaparición forzada agravada que consagra como penas principales las siguientes: prisión de 480 a 600 meses, multa de 2.666,66 a 7.500 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 240 a 360 meses.

 Luego, se ubicó en el cuarto mínimo del ámbito punitivo de movilidad ante la ausencia de circunstancias genéricas de agravación punitiva y atendiendo a los criterios señalados en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, la juzgadora de primer grado determinó para la conducta contra la libertad individual las penas principales de 510 meses de prisión, multa de 3.500 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 300 meses.

 Frente al delito de homicidio agravado, siguiendo los mismos derroteros antes señalados, individualizó la pena de prisión en 425 meses, y en relación con el ilícito de falsedad ideológica en documento público, la fijó para Vargas Cortés en 50 meses de pena privativa de la libertad.

 Por razón del concurso con los delitos contra la vida y la fe pública, la funcionaria de primera instancia incrementó en 102 y 12 meses la pena fijada para el delito de desaparición forzada agravada, por lo cual condenó a Quijano Mariño y a Vargas Cortés a 51 años –612 meses– y 52 años –624 meses– de prisión, respectivamente, y ambos a las penas principales de 3.500 SMLMV de multa y 300 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, pero omitió referirse a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas que concurre como accesoria respecto de dichas conductas punibles.

 Por su parte, a González Alfonso, Contreras Aguilar, García Corzo y Zapata Roldán, les impuso, a cada uno, 35 años –420 meses– de prisión y 20 años de pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, como coautores del delito de homicidio agravado.

 Al revocarse parcialmente la sentencia de primer grado, el ad quem condenó a todos los incriminados por el delito de concierto para delinquir agravado e hizo extensiva igual determinación en relación con los antedichos procesados por el ilícito de desaparición forzada agravada, por lo cual redosificó la sanción, incrementando, por la primera de las referidas conductas, en 24 meses la pena privativa de la libertad señalada a Quijano Mariño y Vargas Cortés, para un total de 53 y 54 años de prisión, respectivamente, y en lo demás mantuvo la sanción de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuestas por la juzgadora de primera instancia.

 Respecto de los procesados González Alfonso, Contreras Aguilar, García Corzo y Zapata Roldán, siguiendo el criterio de la juez a quo, por el delito de desaparición forzada agravada el Tribunal les impuso 510 meses de prisión, multa de 3.500 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 300 meses, a lo cual incrementó 102 meses y 24 meses de pena privativa de la libertad por el concurso con los ilícitos de homicidio agravado y concierto para delinquir agravado, en su orden, para un total de 636 meses –53 años– de prisión; pero al igual que ocurrió en el fallo de primer grado, omitió referirse a la pena accesoria de interdicción, concurrente por razón de los delitos contra la vida y la seguridad pública.

 En esa medida, no obstante se dejó de fijar la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que como accesoria comportan los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir y falsedad ideológica en documento público, surge patente que al no haberse individualizado la mencionada inhabilitación, prevista como principal respecto de la conducta punible de desaparición forzada agravada, mediante el sistema de cuartos, según lo establece el canon 61 de la Ley 599 de 2000, ni acudido a las reglas que establece el concurso de delitos –art. 31 ibídem– para su respectiva dosificación con la concurrente de la misma naturaleza, habida cuenta que está prevista a la vez como principal y accesoria, se terminó por imponer una pena que excede el límite legal que le corresponde, de conformidad con lo previsto en el canon 51 del Estatuto Punitivo, que determina su duración máxima, en cualquiera de sus modalidades, en «*veinte (20) años*», según lo tiene decantado la Sala[[1]](#footnote-1) y, por contera, se desconoció el principio de legalidad, garantía fundamental que por consiguiente debe ser restablecida.

 Cabe destacar que en recientes decisiones, esta Corporación señaló que en los eventos de concurso de conductas punibles en los cuales la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas concurre como principal en relación con alguno o algunos delitos y como accesoria respecto de otro u otros, en orden a individualizarla corresponde aplicar las reglas para la dosificación de la pena establecidas en el artículo 31 del Código Penal, pues en últimas se trata de la misma sanción que concurre en diferente nivel e intensidad (CSJ SP, 19 Mar. 2014, Rad. 38793 y CSJ SP, 4 de Jun. 2014, rad. 42737).

 En la primera de las decisiones mencionadas, la Sala expresó:

*Impera aclarar que respecto de éste procesado la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas está llamada a ser impuesta bajo dos modalidades: como principal, por un lapso de diez (10) años —según la estimación atrás reseñada— en el delito de desaparición forzada, y como accesoria, por una duración de veinte (20) años de conformidad con los artículos 51 y 52 de la Ley 599 de 2000, frente al concurso con los otros delitos contra la vida por los cuales se le halló responsable.*

*Tratándose entonces de una misma sanción que está prevista en diferente grado y magnitud en los delitos concurrentes, para su adecuada tasación debe acudirse a las reglas de dosificación en los casos de concurso de conductas punibles (Ley 599 de 2000, artículo 31), y con base en esos criterios, de acuerdo con los cuales el sujeto agente queda sometido a la del delito que “establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto”, habrá de preferirse la inhabilitación de derechos y funciones públicas en modalidad principal, por diez (10) años, incrementada —por los demás comportamientos que la consagran como accesoria— en otra cantidad igual, para un gran total de veinte (20) años.*

 Por tanto, la Corte procederá a individualizar la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como legalmente corresponde en relación con el delito de desaparición forzada agravada, esto es, por el sistema de cuartos, a la que luego hará el respectivo incremento por la sanción ídem que como accesoria comportan los reatos contra la vida, la seguridad pública y la fe pública, este último solo en relación con el acusado Vargas Cortés, de conformidad con las reglas establecidas para el concurso de delitos y respetando los criterios que para tal efecto tuvieron en cuenta los juzgadores de instancia.

 Según lo previsto en el artículo 166 del Código Penal, los extremos punitivos de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas oscilan entre 240 y 360 meses, que equivalen a 20 y 30 años, y dividido dicho ámbito de punibilidad en cuartos, se tiene: un cuarto mínimo de 240 a 270 meses, dos cuartos medios de 270 meses y un día a 330 meses, y un cuarto máximo de 330 meses y un día a 360 meses.

 Siguiendo el criterio de la juez a quo, la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas a imponer, se determinará en el cuarto mínimo, en consideración a que respecto de los acusados no concurren circunstancias de mayor punibilidad, esto es, entre 240 y 270 meses.

 La sanción mínima se acrecentará en 20 meses y 20 días, equivalentes a un 68,96% del ámbito punitivo de movilidad del respectivo cuarto, que corresponden a la proporción en que la falladora de primera instancia incrementó la pena de multa prevista para el delito base dada la gravedad y modalidad de la conducta, aumento que resulta más favorable que el realizado a la pena privativa de la libertad, pues éste fue del 100%, operación que arroja un monto de 260 meses y 20 días, de donde emerge claro que se infringió el principio de legalidad, puesto que por dicho concepto se aplicó una sanción de 300 meses, equivalente al máximo del primer cuarto medio.

 Ahora bien, en lo relativo a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que los demás comportamientos consagran como accesoria, debe atenderse a la proporción en que los juzgadores de instancia incrementaron la de prisión por razón del concurso de delitos, que en el caso concreto correspondió a 102 meses por el homicidio agravado, 24 meses por el concierto para delinquir agravado y 12 meses por el delito de falsedad ideológica en documento público, esta última solo en relación con Vargas Cortés, por manera que el aumento efectivo de la pena privativa de la libertad queda en 138 meses para este último y 126 meses para los demás procesados, monto en que solamente debe incrementarse la referida sanción de inhabilitación, como que ésta accede a aquella, según lo dispone el inciso final del artículo 52 del Código Penal.

 En ese orden, de conformidad con las reglas establecidas para la dosificación de la pena en los casos de concurso de conductas punibles, la sanción principal en cuestión, fijada en 260 meses y 20 días respecto del ilícito de desaparición forzada agravada –disposición que establece la pena más grave–, se debe aumentar hasta en otro tanto por razón de los demás delitos concurrentes que la prevén como accesoria, sin que pueda ser superior a la suma aritmética de las que debidamente individualizadas corresponden a éstos, según quedo antes precisado, pero que atendidas las limitantes establecidas en los artículos 31, 51 y 52 del Código Penal, se fijará en un guarismo total de veinte (20) años de inhabilitación de derechos y funciones públicas; salvaguardándose de esa manera el principio de legalidad.

 En relación con la pena de multa prevista para el ilícito de concierto para delinquir agravado, la Corte advierte que el Tribunal pasó por alto aplicarla conforme a las reglas del concurso de delitos, junto a la que fue impuesta por la juez a quo por la conducta de desaparición forzada agravada, pero tal yerro no es posible enmendarlo en sede del recurso extraordinario so pena de quebrantar la prohibición de *reformatio in pejus*, cuando de apelante único se trata, pues, valga destacar, la demanda de casación formulada por el representante del Ministerio Público apunta en el mismo sentido de las presentadas por los defensores de los acusados que pretendieron favorecerlos.

 Finalmente, conviene precisar que salvo lo aquí decidido, las demás determinaciones del fallo se mantienen incólumes.

 En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

 **1.** **CASAR** oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado, para en su lugar fijar la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en veinte (20) años a los procesados Marco Wilson Quijano Mariño, Diego Aldair Vargas Cortés, Carlos Manuel González Alfonso, Richard Ramiro Contreras Aguilar, Ricardo García Corzo y Carlos Antonio Zapata Roldán.

 **2.** **PRECISAR** que en lo demás el fallo se mantiene incólume.

 Contra esta decisión no procede ningún recurso.

 Cópiese, notifíquese y cúmplase. 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 CUÉLLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

**Secretaria**

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

A continuación expreso las razones que me llevaron a salvar parcialmente voto en el presente caso. Mi respetuosa discrepancia con la providencia adoptada por la Sala en este proceso se concreta al aspecto donde se hace prevalecer el principio de la no *reformatio in pejus* sobre el principio de legalidad para abstenerse de enmendar el error cometido por los juzgadores al no imponer a los sentenciados la pena de multa prevista para el delito de concierto para delinquir.

No comparto la postura según la cual el principio de legalidad debe ceder a la *reformatio in* pejus, pues en mi concepto, aquel principio es uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, sin el cual no es posible asegurar la realización de fines esenciales del Estado, tales como la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, conforme lo establece el artículo 2º de la Constitución Política, de tal forma que el principio de legalidad está llamado no sólo a lograr los principales fines del Estado de Derecho sino a evitar el caos y la arbitrariedad.

En otras palabras, habrá tranquilidad en el seno de la sociedad si el Estado, a través de sus funcionarios, actúa siempre con sujeción a la ley. Ello, además, constituirá garantía de que sus decisiones sean justas.

El ceñimiento a la ley por parte de todas las autoridades públicas está consagrado en los artículos 1º, 6º, 121 y 123 de la Constitución Política. Sobre estas normas ha dicho la Corte Constitucional lo siguiente:

“Así las cosas, encontramos que el artículo 1 constitucional señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual conlleva necesariamente la vigencia del principio de legalidad, como la necesaria adecuación de la actividad del Estado al derecho, a los preceptos jurídicos y de manera preferente a los que tienen una vinculación más directa con el principio democrático, como es el caso de la ley.

En el mismo sentido, se encuentra el artículo 6 de la Constitución Política que, al referirse a la responsabilidad de los servidores públicos aporta mayores datos sobre el principio de legalidad, pues señala expresamente que: *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.* Dicha disposición establece la vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y la ley, en tanto se determina que en el Estado colombiano rige un sistema de responsabilidad que impide a sus funcionarios actuar si no es con fundamento en dichos mandatos.

…

Por su parte, el artículo 121 de la Carta reitera el contenido del principio de legalidad, al señalar que *“ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*, y el artículo 123 estipula que existe un sistema de legalidad que vincula a todos los servidores públicos y a todas las autoridades no sólo a la Constitución y la ley, sino que la extiende al reglamento, ello para poner de presente que las autoridades administrativas de todo orden deben respetar la jerarquía normativa y acatar, además de la Constitución y la ley, los actos administrativos producidos por autoridades administrativas ubicadas en el nivel superior”[[2]](#footnote-2).

La función judicial no constituye una excepción al mandato superior de la necesaria sujeción a la ley. Por ello, en el artículo 230 de la Carta se consagra la siguiente perentoria disposición:

*“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”*.

Es tan trascendental para un Estado la misión de administrar justicia, que el constituyente quiso reiterar en esa norma la necesidad de que los jueces, en el ejercicio de sus funciones, estén sometidos a la ley. Sería inimaginable lo que podría suceder si no fuera así. El capricho y la arbitrariedad prevalecerían. Las decisiones justas y adoptadas en derecho desaparecerían del concierto nacional para convertirse en cosa del pasado.

En materia punitiva, el principio de legalidad está consagrado en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución política. Conforme a esa disposición, “*(N)adie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio”*.

Estatuir que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, implica que para condenar a una persona se requiere que su conducta esté previamente definida como delito; de la misma manera, que sólo puede imponérsele la pena previamente establecida en la ley.

El reconocimiento universal del principio de legalidad no fue pacífico. Su consagración en materia punitiva se le debe en gran medida a CESARE BECCARÍA, quien inspirado en el pensamiento iluminista y en reacción a los desafueros de la monarquía, postuló el apotegma *“nullum crimen, nulla poena sine lege”***,** cuyo finestaba dirigido a propender porque se erigieran como delito solamente aquellas conductas que produjeran daño social, sin que pudiese existir persecución por los denominados vicios o pecados, según las definiciones de carácter meramente moral que los gobernantes asignaban *ex novo* a comportamientos de esa naturaleza[[3]](#footnote-3).

Buscaba también que las sanciones no fuesen inhumanas[[4]](#footnote-4) y que se aplicaran, además, en forma proporcional al delito cometido[[5]](#footnote-5).

El pensamiento de BECCARÍA se inspiró en el contrato social de HOBBES y ROUSSEAU, entre otros. Conforme a esa concepción, los hombres vivían en un estado de naturaleza donde las constantes guerras hacían imposible la convivencia pacífica. Por eso decidieron celebrar un acuerdo, en virtud del cual entregaron a un tercero (el Estado) la potestad de regular sus vidas. Sin embargo, no entregaron el poder total, “*sino la porción necesaria para ‘mantener el buen orden’”[[6]](#footnote-6)*. De ahí que “*con quien ha realizado un comportamiento que se considera violatorio de las normas impuestas en una determinada sociedad, no se puede hacer lo que se venga en gana”[[7]](#footnote-7)*.

Base del modelo contractualista fue, entonces, la imposición de límites al ejercicio del poder del Estado. Su control opera a través de las leyes que, en el campo punitivo, presupone definir en éstas qué acciones son constitutivas de delitos y cuál la sanción a imponer por su realización.

Las ideas de los iluministas constituyeron motor de la revolución francesa de 1789, movimiento que llevó a la proclamación, ese mismo año, de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, en cuyos artículos 5º y 6º quedó plasmada la supremacía de la ley. El siguiente es el texto de esas disposiciones:

***“Articulo 5****: La ley puede prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena”.*

***“Articulo 6****: La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar en su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. La ley debe ser igual para todos, tanto para proteger como para castigar. Puesto que todos los ciudadanos somos iguales ante la ley, cada cual puede aspirar a todas las dignidades, puestos y cargos públicos, según su capacidad y sin más distinción que la de sus virtudes y talentos”.*

A su turno, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas quedó expresado en los artículos 7º y 8º de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, cuyos textos son del siguiente tenor:

***“Articulo 7****: Nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado fuera de los casos determinados por la ley y de acuerdo con las formas por ellas prescritas. Serán castigados quienes soliciten, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias. Todo ciudadano convocado o requerido en virtud de la ley debe obedecer al instante; de no hacerlo, sería culpable de resistir a la ley.*

***“Articulo 8****: La ley no debe establecer más penas que las necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.*

La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano inspiró las Constituciones de los países donde se instauró posteriormente el modelo de Estado de Derecho, en el cual, por tanto, el principio de legalidad pasó a constituir elemento estructural y fundamente del mismo.

A tono con esa concepción, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que el referido principio tiene una posición central en la configuración del Estado de derecho, en la medida en que es rector del ejercicio del poder y rector del derecho sancionador[[8]](#footnote-8).

 Es tal la trascendencia del principio de legalidad en los Estados democráticos de Derecho y tan importante para la convivencia de los ciudadanos, que ni aun en los estados de excepción es posible su suspensión. Así lo tiene previsto la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica[[9]](#footnote-9), que forma parte del denominado bloque de constitucionalidad, conforme lo establecido en el artículo 93 de la Carta Política. En efecto, el artículo 27 de la citada Convención dispone:

 “*Suspensión de garantías.*

*1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.*

 *2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”* (el subrayado es nuestro).

De tal manera que corresponde a las autoridades públicas no sólo cumplir las leyes sino velar porque no se desconozcan. Esa función, como servidores públicos que son, recae también en los jueces de la República. Por ello, cuando algún funcionario judicial, cualquiera que sea su jerarquía, advierta la vulneración del principio de legalidad, su deber es corregir dicho dislate. No puede, en modo alguno, erigirse en obstáculo del cumplimiento de esa obligación constitucional la prohibición de la *reformatio in pejus* consagrada en el inciso segundo del artículo 31 superior.

La veda de la reforma en peor no constituye un derecho absoluto[[10]](#footnote-10), de modo que si entra en tensión con el principio de legalidad es necesario ponderarlos para determinar cuál de los dos tiene prevalencia. “*La ponderación es… la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”[[11]](#footnote-11)*

Soy del criterio de que en esa ponderación es indispensable considerar la mayor jerarquía que tiene el principio de legalidad, en razón a su carácter estructural y fundante del Estado de Derecho, según quedó visto atrás. Esa mayor jerarquía determina que cuando entra en colisión con la no reforma peyorativa, deba siempre preferirse aquél.

En mi opinión, en la definición de cuál de los mencionados derechos debe prevalecer es indispensable también estimar el ámbito de protección que comprende cada uno de ellos, y así se tiene que mientras el principio de legalidad busca salvaguardar a la sociedad en general para garantizar que a quienes se aparten del ordenamiento jurídico se les dispense el castigo que la propia ley establece para el efecto, el principio de la no *reformatio in pejus* tutela solamente a quienes en asunto sancionatorio ostentan la condición de únicos apelantes.

 El ámbito de protección, por tanto, es más amplio en el caso del principio de legalidad, pues abarca a toda la comunidad, razón adicional para afirmar su prevalencia sobre el de la prohibición de reforma en peor.

 Por lo demás, sabido es que en el moderno constitucionalismo el proceso penal ya no se concibe como el conjunto de normas orientadas, preferentemente, a garantizar los derechos defensivos del procesado. Hoy en día constituye también presupuesto de legitimación del sistema punitivo el respeto de los derechos a la víctima a buscar la verdad, la justicia y la reparación[[12]](#footnote-12).

 En la resolución de la tensión entre el principio de legalidad y la prohibición de la *reformatio in pejus*, es insoslayable, en consecuencia, verificar si con la decisión judicial donde se aplica el segundo de esos principios se vulneran o no los derechos de las víctimas, siendo claro que lo primero acontece cuando, con evidente desconocimiento del ordenamiento jurídico, se impone una pena por debajo del mínimo previsto por la ley para el delito cometido. En ese caso, la víctima no obtendrá la debida justicia por el daño infligido.

De ahí que cuando la pena impuesta quebrante la legalidad, es deber del superior restablecer el ordenamiento jurídico, así el condenado sea el único apelante. Sólo de esa manera puede afirmarse que la decisión judicial está sometida al imperio de la ley y, por consiguiente, a los dictados de la Constitución Política. Lo contrario sería concluir que la Carta, al paso que exige a los funcionarios judiciales someterse a la ley, al mismo tiempo fomenta su vulneración. Tal antinomia resulta constitucionalmente inadmisible, pues comporta desconocer otros principios esenciales para la convivencia ciudadana, como la seguridad jurídica y la igualdad.

Se quebranta la seguridad jurídica, porque sin los límites que presupone el principio de legalidad, cada juez adoptaría sus decisiones sin otro control que sus consideraciones subjetivas. Y se vulnera el principio de igualdad, por cuanto los destinatarios de la ley penal recibirán un tratamiento punitivo distinto, sin importar que se encuentren en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas.

En suma, a nuestro juicio, la Constitución Política presupone, para la aplicación del principio de la no *reformatio in pejus*, que la pena sea legal. Por ello, es deber de los jueces restablecer el ordenamiento jurídico cuando quiera que la sanción no respete los parámetros establecidos en él.

Los anteriores razonamientos constituyen los motivos que soportan mi inconformidad parcial con respecto a los fundamentos de la decisión adoptada por la Sala.

Con toda atención,

**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**Magistrada**

*Fecha ut supra.*

1. CSJ SP, 12 Feb. 2014, rad. 42438. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia C-028 de 2006. [↑](#footnote-ref-2)
3. BECCARÍA, Cesare. De los delitos y de las penas. Estudio preliminar de Nódier Agudelo Betancur. Universidad Externado de Colombia, pags. XVII y 18. Beccaría rechazó firmemente la idea de que la pena tuviera fines expiatorios. [↑](#footnote-ref-3)
4. Estaba en desacuerdo con la tortura y tratos crueles, así como con la pena de muerte como sanción generalizada. [↑](#footnote-ref-4)
5. Dentro de sus postulados también estuvo la igualdad de las sanciones. Decía: “Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen a él unida mayor ventaja” (pág. 20 ob. cit.). [↑](#footnote-ref-5)
6. VANOSSI, Jorge Reinaldo. Teoría Constitucional. Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1975. [↑](#footnote-ref-6)
7. BECCARÍA, Cesare. Ob. cit. Pág. XVII. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. Sentencias C-710 de 2001 y C-530 de 2003. [↑](#footnote-ref-8)
9. Aprobado mediante la Ley 16 de 1972. [↑](#footnote-ref-9)
10. En la sentencia C-028 de 2006 la Corte Constitucional señaló que no hay derechos absolutos. [↑](#footnote-ref-10)
11. BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, tomo I, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, Universidad Externado de Colombia, 2004, pág. 269. [↑](#footnote-ref-11)
12. “…la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las victimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos”. Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2002. [↑](#footnote-ref-12)