



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado Ponente

SP7627-2017

Radicación N° 49635.

Aprobado acta No. 176.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS

Surtido el trámite del mecanismo de insistencia promovido por la defensa sin que haya prosperado el mismo, se pronuncia la Corte oficiosamente sobre la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 24 de octubre de

2016, confirmatoria de la emitida el 29 de febrero de ese año por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, en la cual se condenó al procesado JONATAN ANDRÉS VELÁSQUEZ BARRERA como responsable del concurso de delitos de *homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, agravado*.

HECHOS

En el auto inadmisorio de la demanda de casación, la Corte prohijó el siguiente resumen de los mismos:

*“El mismo tuvo lugar, según la prueba presentada en el juicio, en el contexto del conflicto territorial que han impuesto las bandas criminales en nuestra ciudad particularmente en las comunas, donde impera como manifestación de su ilegal poder las llamadas ‘Fronteras Invisibles’, que entre otros hechos traducen, que son las bandas que deciden quién reside o no en un lugar determinado, imponiéndole a muchos ciudadanos la letal consigna de abandonar el sector, quienes desatienden esta ‘orden’, son desplazados o asesinados, esta última opción (sic) fue la que padecieron los hermanos Ricardo y David Jiménez Arroyave, a quienes los denominados ‘Los Paracos de San Cristóbal’, habían ordenado abandonar esa localidad, mandato que no fuera atendidos (sic) por estos consanguíneos, en razón a su desobediencia el día veintinueve (29) de noviembre del año 2012, ambos fueron ultimados por integrantes del referido grupo armado, pero muertos a diferentes horas de esa fecha, es así como en la fecha referida el señor **David Jiménez Arroyave**, a eso de las ocho de la mañana sale de su casa en busca de su hermano, de*

*quien tiene noticia, fue sacado de su lugar de residencia por los 'Paracos', en la tarde del día anterior, sin tener noticias suyas para esa hora, siendo acompañado por su esposa o compañera permanente a poca distancia, una vez, sale de su residencia observa a cuatro sujetos reconocidos en ese sector como integrantes del grupo armado denominado 'Los Paracos de San Cristóbal', entre ellos alias 'Cachorro', 'La Gorda', Hernán, a quienes se dirige a indagar por su hermano, los mismos que lo llevan por el sitio y apenas habían avanzado unos pocos metros, uno de los 'paracos', identificado inicialmente como alias 'Califa', se ubica por la espalda y sorpresivamente descarga su arma de fuego, en contra de la humanidad del indefenso ciudadano, propinándole varios disparos por la cabeza, que por la gravedad de las lesiones que padeció quedó muerto en el mismo lugar donde cayó su cuerpo, más tarde, ya eso de las cinco fue hallado muerto el otro hermano, Ricardo, en otro sector de ese corregimiento, hecho que tal como acaba de narrarse, fue admitido en este juicio, por el testigo de la defensa, **David Stiven Palacio**, en un acto de absoluta desvergüenza, de cinismo, afirmó: **'nosotros le dimos de baja, nosotros le habíamos dado la orden de que se fuera de allá... es que allá mandamos nosotros, solo somos nosotros el último grupo'**.*

*Como quiera que el primer homicidio registrado por las autoridades de policía, y cuya investigación originó esta actuación y que fuera objeto del presente juicio, fue el del señor David Jiménez, cuyo homicidio fue atribuido a David Stiven Palacio, Hernán Darío Montoya Rojas, el primero en calidad de autor materia (sic) y como copartícipes a los dos primeros, ya sentenciados anticipadamente en virtud a la negociación celebrada con la Fiscalía, continuándose por cuerda separada la investigación en contra de **Jonatan Andrés Velásquez Barrera**, alias 'Cachorro', ello dado que mismo*

*día (sic) de los acontecimientos, los homicidas fueron identificados, por la testigo presencial del hecho, la señora **María Virginia Cano Gutiérrez**, compañera permanente del occiso”.*

DECURSO PROCESAL

En diligencias previas llevadas a cabo el 2 de junio de 2015 ante el Juzgado 22 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, se legalizó la captura de JONATAN ANDRÉS VELÁSQUEZ BARRERA¹, se le formuló imputación por las conductas punibles de *homicidio agravado*² y *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, agravado*, y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.

Como el imputado no se allanó a los cargos endilgados, la Fiscalía presentó escrito de acusación el 4 de agosto de esa anualidad, ratificándolos.

La etapa de la causa fue asumida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, despacho que luego de celebrar las audiencias de acusación, preparatoria y juicio oral, dictó sentencia el 29 de febrero de 2015, declarando la responsabilidad penal de VELÁSQUEZ BARRERA en los ilícitos contenidos en el pliego acusatorio.

¹ La cual había sido ordenada por el Juzgado 14 de esa especialidad, el 18 de junio de 2014.

² Solo en lo que respecta a la muerte de David Jiménez Arroyave.

Consecuente con dicha determinación, el juez de conocimiento lo condenó a la pena principal de 524 meses de prisión, y a las sanciones accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años y prohibición para el porte y tenencia de armas por 15 años. De igual modo, le negó los beneficios sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

Apelado el fallo por el defensor del procesado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín lo confirmó íntegramente a través de providencia del 24 de octubre de la referida anualidad.

En contra del citado pronunciamiento, el mismo sujeto procesal interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación y presentó la correspondiente demanda.

Con auto del 15 de marzo de 2017, la Sala inadmitió el libelo casacional, pero al detectar una posible irregularidad sustancial en el proceso de dosificación de una de las penas accesorias, presuntamente violatoria del principio de legalidad, dispuso que una vez tal decisión cobrara ejecutoria, el asunto regresara a estudio para hacer el debido pronunciamiento.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En la referida decisión del 15 de marzo del corriente año, la Sala encontró necesario verificar si hubo menoscabo a las formas propias del juicio y las garantías que le asisten al acusado JONATAN ANDRÉS VELÁSQUEZ BARRERA, porque en el proceso de dosificación punitiva, se desconoció el principio de legalidad.

En efecto, del recuento objetivo de la actuación procesal advierte la Corporación la concurrencia de irregularidad generadora de clara violación a garantías fundamentales del procesado, cual es la legalidad de la pena accesoria de la privación del derecho a la tenencia y porte de arma, que activa la facultad oficiosa de la Corte para controlar la legalidad y constitucionalidad de la sentencia.

Ello, porque en el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, confirmado en ese aspecto por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad, se impuso al mencionado dicha pena accesoria por un lapso de 15 años, es decir, el máximo posible, sin haber acudido al sistema de cuartos regulado en el artículo 61 del Código Penal.

En efecto, luego de determinar la pena principal restrictiva de la libertad, el juzgador de primera instancia señaló: *“De otra parte, se condenará igualmente al enjuiciado a la inhabilitación de derechos y funciones públicas por un*

período igual al de la pena principal privativa de la libertad, y a la prohibición para el Porte y Tenencia de Armas de Fuego por un período de Quince (15) años como pena accesoria. Esta determinación será comunicada a la Registraduría Nacional del Estado Civil y al Ejército Nacional.

Como puede apreciarse, ambas sanciones accesorias fueron mal dosificadas por el *A quo*, si bien en el mismo fallo subsanó lo relativo a la pena interdictiva, la cual impuso por el término de 20 años.

Pero, en lo que respecta a la sanción accesoria para la hipótesis delictual contra la seguridad pública, las instancias desatendieron que el artículo 51 de la citada codificación, al regular lo atinente a la “*Duración de las penas privativas de otros derechos*”, estableció que dicha restricción va de uno (1) a quince (15) años.

En esa medida, la Sala ha considerado en otras ocasiones que en su imposición el juzgador debe atender a las directrices legalmente establecidas para ello, esto es, acudiendo al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 *Ibidem* (entre otros, en CSJ SP16880, 10 dic. 2014, Rad. 42432; CSJ SP17166, 16 dic. 2014, Rad. 42536; y CSJ SP3441, 25 marzo 2015, Rad. 45317).

Así las cosas, para corregir el yerro de los falladores se hace necesario dividir el monto de la sanción entre cuatro, con el objeto de obtener el ámbito de movilidad punitiva.

Por consiguiente, si entre el mínimo y el máximo hay 14 años, cada cuarto de movilidad sería de tres (3) años y (6) meses.

La operación respectiva arroja el siguiente resultado:

- Cuarto mínimo: de un (1) año a cuatro (4) años y seis (6) meses.
- Cuartos medios: de cuatro (4) años y seis (6) meses a ocho (8) años y de ésta proporción a once (11) años y seis (6) meses.
- Cuarto máximo: de once (11) años y seis (6) meses a quince (15) años.

Ahora bien, para establecer el monto de la sanción accesoria, deberían tenerse en cuenta los parámetros empleados por el juez de conocimiento, cuando abordó el tema de la determinación de la sanción corporal para la conducta punible de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, agravado*.

Sin embargo ello no es posible, en tanto, el juzgador de primer grado tasó la pena para el *homicidio* y sin hacer lo propio con el *porte de armas*, de una vez concluyó que la más grave era la del atentado contra la vida.

Lo dicho quiere significar que el *A quo* nunca especificó la pena privativa de la libertad para el delito contra la seguridad pública, sino que de una vez apeló a las reglas del concurso de conductas punibles previstas en el artículo 31 del Código, incrementando en 2 años la ya fijada en 500 meses para el ilícito contra la vida, aplicando finalmente una penalidad definitiva de 524 meses.

En éste orden de ideas, no se tiene un parámetro para fijar la sanción accesoria, toda vez que esos 2 años corresponden al concurso de delitos, lo cual dista notoriamente del mínimo para el *porte de armas*, que es de 18 años de prisión

Por lo tanto, la Corte considera que en este caso debe imponerse tres (3) años para la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, en virtud a que un artefacto de esa índole fue usado para la perpetración del *Homicidio*.

Consecuente con lo anterior, la Sala casará oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado y, en consecuencia, disminuirá a ese monto la referida pena accesoria impuesta al acusado VELÁSQUEZ BARRERA.

DECISIÓN

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 de oficio y parcialmente la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, el 24 de octubre de 2016, confirmatoria de la emitida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, el 29 de febrero de igual año, en el sentido de fijar en tres (3) años la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas que debe purgar el procesado JONATAN ANDRÉS VELÁSQUEZ BARRERA, condenado por las conductas punibles de *homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*.

2. En lo demás se mantiene el fallo incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto de siempre por la opinión mayoritaria de la Sala, y acorde con el criterio disímil que el suscrito ha mantenido, me permito reiterar la razones por las que me separo de la decisión de casar de oficio y parcialmente la sentencia de segundo grado, con fundamento en la vulneración del principio de legalidad, como consecuencia de que los falladores de instancia no hubieran aplicado el sistema de cuartos en la determinación concreta de la pena accesoria de «*privación del derecho a la tenencia y porte de arma*», que se le fijó al procesado JONATAN ANDRÉS VELÁSQUEZ BARRERA.

Las razones del disenso son en esencia las siguientes:

1. La decisión que se adoptó por la mayoría tiene como argumento central que el juzgador debe atender las directrices legalmente establecidas para la determinación de la pena, esto es, acudir al sistema de cuartos previsto en el

artículo 61 del Código Penal, del cual no se exceptúan las sanciones accesorias, como que la norma en cita ninguna distinción hace al respecto, y dado que la restricción del derecho a la tenencia y porte de armas se establece entre dos extremos que van de uno (1) a quince (15) años, según el artículo 51 *ibídem*.

2. Sin embargo, en la providencia de la que respetuosamente me aparto —en lo referente al ajuste de la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma— se dejan de lado los temas relativos a (i) la naturaleza y fines de las penas accesorias y a (ii) razones de justicia material, concretadas en el principio de proporcionalidad de la sanción penal. En este último aspecto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal, se ofrece adecuado inaplicar el sistema de cuartos en la dosificación de las penas accesorias, habida cuenta que tal labor ha de entenderse como un *ejercicio de ponderación motivada*, delimitado por lo dispuesto en el artículo 51 *ibídem*.

2.1 En cuanto al primer aspecto, cabe anotar que las penas restrictivas de otros derechos (art. 43 C.P.) son aquellas que privan o restringen a su titular del ejercicio de facultades o prerrogativas distintas a la libertad personal o a su peculio. Dichas sanciones pueden ser principales cuando así se consagren en el respectivo tipo penal (art. 35 *ídem*) o accesorias, cuando no obren como tales (art. 34 *ibídem*).

Del artículo 52 de la codificación citada, se extrae que la aludida clase de pena solo puede ser aplicada por el juez (i) con ocasión de la imposición de una pena principal y (ii) siempre que, entre la realización del delito y el contenido de la pena accesoria, exista una «***relación directa***», valga decir, se verifique un vínculo estrecho entre su contenido y la conducta punible cometida.

De otro lado, si bien originalmente el legislador consideró que en quien recaía una condena de prisión era indigno y, por tanto, estableció la restricción para el ejercicio de algunos de sus derechos políticos y, principalmente, para desempeñar cargos públicos, lo cual explica la existencia de ciertas penas accesorias denominadas obligatorias o «*automáticas*»³, aquella visión evolucionó hacia un concepto preventivo⁴, cuyo propósito es conjurar el riesgo de reiteración de delitos que de forma directa tengan relación con determinadas actividades o derechos, finalidad que sustenta la aplicación de las llamadas penas accesorias discrecionales o «*facultativas*»⁵.

Sobre cómo se determinan cuantitativamente las penas accesorias, cabe destacar que dos aspectos permiten concluir que en ese ejercicio no tiene cabida el sistema de cuartos — artículo 61 del Código Penal—, el cual está previsto para la

³ Art. 52, inc. 3º, C.P.; art. 16 C. Co.; art. 163 de la Ley 685 de 2001 y art. 24 Ley 1257 de 2008.

⁴ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 260.

⁵ Art. 52, inc. 1º, C.P.

individualización de las penas principales, ellos son: (i) la función primordial que cumplen las penas accesorias difiere de la que tienen asignada las penas principales; y, (ii) el margen de apreciación *reglado* del que goza el sentenciador, según se extracta de los artículos 52, inc. 1º y 59 *ibídem*, lo faculta para imponer o no en cada caso las penas accesorias que estime necesarias, así como para fijar el término de duración de las mismas.

2.1.1 En relación con el primer punto, cabe destacar que, en términos generales, en la concepción dogmática del Código Penal de 2000, la pena en sentido amplio cumple varias funciones, tales como, «*prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado*»⁶, por lo que puede afirmarse que no se adscribe a una tesis en particular, valga decir, ni a las teorías absolutas que propenden porque el fin de la pena es únicamente la retribución o compensación en razón de la comisión del delito, ni a aquellas denominadas relativas que consideran a la pena como un medio para conseguir un fin, es decir, que tienen propósitos exclusivamente preventivos orientados a evitar que se cometan delitos en el futuro; sino que se ubica dentro de las concepciones mixtas, que son aquellas que buscan conciliar las dos anteriores, aceptando la idea retributiva, pero sin desligarla del cumplimiento de fines preventivos, bien sea generales o especiales⁷.

⁶ Artículo 4º del Código Penal.

⁷ Morrillas Cueva Lorenzo, Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, Madrid, 1991, pág. 18.

Ahora, como se señaló párrafos anteriores, las penas accesorias, en cuya imposición e individualización el juez goza de un margen de apreciación motivado, no hay una determinación legislativa absoluta del aspecto cualitativo. Éste es flexible, al punto que corresponde al juzgador determinar en qué casos resulta necesaria su imposición, atendiendo a las particularidades del asunto concreto, obviamente respetando las pautas establecidas en la ley — artículo 52, inciso 1° del Código Penal— y considerando que aquéllas tienen una marcada **finalidad preventiva**⁸, en tanto que con su aplicación se pretende precaver la afectación futura de bienes jurídicos concretos mediante la restricción de un derecho o prerrogativa, distintas a las que resultan limitadas con la aplicación de la sanción principal —con injerencia en la libertad personal y el patrimonio económico—

En otras palabras, si bien las penas en general, principales y accesorias, obedecen a unos específicos fines consagrados en el artículo 4° del Código Penal, dada la particular naturaleza y función que aquéllas cumplen, se insiste, fundamentalmente utilitarista mediante la prevención del delito, demandan en su determinación de la existencia de un estrecho nexo entre el injusto penal y el derecho que se busca restringir, de donde se sigue que su afectación emergerá necesaria solo en la medida en que surja patente que la restricción de los derechos que conlleva la imposición

⁸ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 260.

de las penas principales, resulta insuficiente para prevenir, en el caso particular, el comportamiento delictivo⁹.

Por tanto, sin desconocer que las penas principales de prisión y multa, así como las restrictivas de otros derechos, cuando están previstas como tales, amén de la función de retribución justa que apareja la realización del delito, también cumplen fines preventivos —generales y especiales—, bien puede suceder en determinados casos que la limitación de la libertad y el patrimonio, producto de la sanción principal, no sean medidas suficientes para proteger ciertos bienes jurídicos de ulteriores conductas desviadas por parte del condenado. En tal virtud, la concreta armonización de las finalidades preventivas de la pena con el principio de proporcionalidad (arts. 3º, inc. 1º, y 4º del C.P.), impone la necesidad de ampliar esa cobertura con la aplicación de sanciones adicionales.

Al respecto la doctrina ha considerado que:

[E]s imprescindible que el hecho cometido por el autor permita justificar la necesidad de agregar medidas que cubran la mayor gravedad o exigibilidad del comportamiento inicialmente sancionado, a través de efectos diferentes a los que producen las penas principales, y que no sean contemplados por ellas, para precisar una adecuada proporción entre la sanción y el delito, y, en

⁹ Ídem, pág. 337.

*todo caso, para brindar una mayor protección a los bienes jurídicos vulnerados no protegidos directamente por la norma penal.*¹⁰

En esa medida, resulta coherente con las finalidades de la pena principal, mencionadas *ut supra*, que en su individualización se acuda al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 del Código Penal, puesto que la determinación concreta de aquella obedece primordialmente a factores objetivos que tienen relación con el injusto típico, siendo su límite el grado de culpabilidad, lo que explica que en la fijación del marco de punibilidad se deban tener en cuenta circunstancias modificadoras de los extremos mínimo y máximo de la sanción prevista para el respectivo tipo básico o especial, tales como las causales específicas de agravación y atenuación punitiva, la tentativa, la complicidad, la ira o intenso dolor, entre otras, que no resultan aplicables a los límites que fijan la duración de las penas accesorias, pues nada tienen que ver con el propósito que éstas persiguen.

En efecto, la finalidad **preventivo-especial** de las penas accesorias, se relaciona directamente con el abuso del derecho que se pretende restringir para evitar futuras afectaciones del bien jurídico protegido, lo cual exige un análisis diverso, en el que no tienen cabida factores objetivos como los atrás enunciados respecto de la individualización de la pena principal, sino primordialmente subjetivos, relativos a la persona del autor, pero no desde la óptica de su

¹⁰ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 337.

peligrosidad, concepto abiertamente contrario a los principios que orientan el derecho penal y su consecuencia jurídica en un Estado Social y Democrático de Derecho, sino a partir de los fines de la pena, particularmente el de prevención, según se desprende del artículo 4° del Código Penal.

En tal sentido, la doctrina considera primordial que en el proceso de individualización judicial de la pena, el sentenciador tenga como norte de su actividad, en general, los fines de la pena y, en particular, un propósito específico, que en el caso de las sanciones facultativas que afectan otros derechos es marcadamente preventivo-especial, según quedó visto, y a partir de tal entendimiento, fije la sanción.

Sobre el punto, el tratadista Eduardo Demetrio Crespo, en su obra «*Fines de la Pena e Individualización Judicial de la Pena*»¹¹, sostiene:

Aunque ello sea bastante obvio al tenor de lo ya dicho hasta ahora, sobre todo en el análisis del concepto de «factor final de la I.J.P.¹²», no es recurrente señalar que los fines de la pena son el presupuesto fundamental de la I.J.P. La determinación de qué fines persigue la pena, en qué momento y con qué intensidad en cada momento de la intervención del sistema penal, es la clave a partir de la cual se obtiene respuesta tanto a la cuestión de la dirección valorativa de los factores reales que concurren en la I.P.J., como a la del peso de los mismos en la pena final a imponer¹³. Creo que no es exagerado decir que la racionalización de la I.J.P. debe empezar por clarificar

¹¹ Ediciones Universidad de Salamanca, 1ª Edición: mayo de 1999.

¹² Individualización Judicial de la Pena.

¹³ «Hirsch, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op.cit.*, p. 9; Gribbohm, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op.cit.*, p. 103».

*la cuestión de los factores finales de la I.J.P., **ya que dependiendo de qué fin de la pena se tome como punto de referencia, la individualización de la pena por el juez en el caso concreto puede conducir a resultados muy diferentes.***¹⁴ (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Siendo ello así, emerge razonable que el juzgador disponga de cierta discrecionalidad —siempre motivada— en la determinación cuantitativa de las penas accesorias, en orden a materializar su fin primordial de naturaleza preventivo-especial, sin estar sometido a factores puramente objetivos que en no pocas ocasiones tornan inane la restricción de otros derechos, en tanto su propósito es proteger un interés jurídico específico de futuras afectaciones mediante efectos distintos a los que produce la pena principal y que ésta no alcanza a cobijar; no de otra manera se explica que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (art. 43-1 C.P.) esté prevista en algunos tipos penales como sanción principal y en otros acceda a ésta, o que a la prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas (art. 43-8 *ibidem*) el legislador no le haya fijado duración.

2.1.2 En cuanto a la segunda cuestión, valga decir, la atinente al ejercicio de ponderación aplicable por el juzgador en orden a establecer la procedibilidad de la pena accesoria en el asunto particular —factor cualitativo—, lo que se advierte es una armonización del principio de legalidad de la

¹⁴ Página 73.

pena con el de proporcionalidad —el cual también ostenta la categoría de principio rector y garantía fundamental¹⁵—, habida cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con las penas principales, las cuales han sido reguladas de manera absoluta por el legislador en la parte especial para cada delito, frente a las primeras hay un margen de apreciación judicial reglado que, atendiendo a los factores generales previstos en el inciso primero del artículo 52 de la Ley 599 de 2000¹⁶, determina en qué casos resulta necesaria la imposición de una restricción o prohibición de derechos, adicional a la que comportan las penas principales.

Ahora, la limitación del principio de estricta legalidad de la pena en punto de la elegibilidad de la sanción accesoria facultativa, se explica en que *«no en todos los casos es justificado, desde el punto de vista de la prevención, la proporcionalidad y la necesidad de la pena, preestablecer efectos agregados a los contemplados por las penas principales frente a un determinado hecho punible, sin considerar las circunstancias y características concretas de su realización»*¹⁷.

En esa medida, si la ley atribuye al juez la facultad reglada de imponer o no cierta pena accesoria, cuando la

¹⁵ Cfr., C.S.J. SP. 27/02/13, rad. 33254 y 24/06/15, rad. 40.382, entre otras.

¹⁶ «Art. 52. Las Penas accesorias. Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena».

¹⁷ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 339.

restricción de otros derechos se ofrezca necesaria para cumplir sus fines preventivo-especiales de protección del interés jurídico, también emerge razonable que en su determinación cuantitativa aquel tenga la posibilidad, atendidas las particularidades del caso, de fijar la cantidad de sanción que, de acuerdo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, se requiera para que se obtenga el propósito perseguido, sin que en esa labor deba acudir al sistema de cuartos.

En efecto, tal como se indicó párrafos atrás, las reglas contenidas en los artículos 60 y 61 del Código Penal para la determinación del marco de punibilidad y la individualización de la pena, responden principalmente a factores objetivos relacionados con el injusto típico, que no son aplicables a las penas accesorias, pues no cabe duda que los extremos mínimo y máximo de estas últimas no se modifican porque concurra una causal específica de agravación o atenuación punitiva, que se predicen del tipo básico o especial, tampoco cuando el delito es tentado, ni frente a ellas se pueden considerar circunstancias tales como la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas —artículo 56 del Código Penal, o la ira e intenso dolor —artículo 57 *idem*—, entre otras, lo cual se explica en que el fin preventivo-especial de las sanciones accesorias obedece a factores subjetivos de la conducta, que corresponde al juez valorar para fijar el monto de la pena atendiendo, *verbi gratia*, el criterio legal de la intensidad del

abuso del derecho en la realización del delito, contenido en el artículo 52, inciso 1º, *ibídem*.

Lo anterior no significa que la cantidad de sanción accesoria quede librada al capricho o arbitrariedad del juzgador, pues éste, en todos los casos, deberá exponer en la sentencia «*la fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena*», como lo ordena el inciso segundo del artículo 52 del Código Penal, en concordancia con el artículo 59 *ídem*, labor en la cual tendrá especial cuidado de velar porque se cumplan los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que orientan la imposición de las sanciones penales, según el artículo 3º *ibídem*, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular.

De esa manera se garantizan el debido proceso sancionatorio y el principio de estricta jurisdiccionalidad¹⁸, según el cual la actividad judicial debe ser comprobable y verificable, aspectos que se reflejan en la motivación de la sentencia y que obviamente comprenden la determinación de la pena en sentido general.

¹⁸ En SCC C-272 de 1999, sobre dicho principio y el de estricta legalidad, el Tribunal Constitucional refirió: «*ciertamente la Corte estima que el proceso penal, en cuanto manifestación del poder punitivo del Estado, se encuentra sometido a los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad*». Y en cita de pie de página añadió: «*mientras que el primero de estos principios determina que los delitos se encuentren inequívocamente consagrados en una ley que exista previamente a la conducta humana que, conforme a esa ley, se considera delictuosa; el segundo requiere que las acusaciones en contra del acusado sean sometidas a una estricta verificación judicial y puedan ser ampliamente controvertidas por el imputado. Sobre la significación y alcance de estos principios en el Estado democrático de derecho contemporáneo, véase Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 34-38, 94-97, 373-385, 603-623*».

Consecuente con lo anterior, considero que en la aplicación cualitativa y cuantitativa de las penas accesorias de que trata el artículo 52 del Estatuto Punitivo, debe primar el fin **preventivo especial**, por lo que no tiene cabida el sistema de cuartos que, según quedó visto, está diseñado para fijar las penas principales, en tanto éstas sí tienen una regulación absoluta en cada tipo penal, dado los efectos que de antemano le señaló el legislador a la sanción de la conducta punible, fundado en razones de política criminal.

3. Por último, pero no menos importante, cabe destacar que la decisión mayoritaria de la cual me aparto, desconoce el principio constitucional de proporcionalidad, desde la perspectiva del mandato de protección suficiente, el cual está relacionado con el postulado de vigencia de un orden justo¹⁹ y, por ende, con el imperativo del Estado de promover ese orden y el deber de investigar y sancionar las infracciones a la ley penal, *imponiendo penas condignas con el grado del injusto* y de culpabilidad, pero sin dejar de lado la función que aquellas han de cumplir en cada caso.

De tal forma que si como lo ha reconocido esta Corporación, «*los fallos de la judicatura están inspirados en un principio de justicia, como lo ha dejado entrever la doctrina constitucional, por ejemplo en la sentencia C-366 de 2000*»²⁰, dicho postulado se quebranta en casos como el presente, donde la función de **prevención especial** que

¹⁹ SCC T-429 de 1994 y SCC C-306 de 2012, entre otras.

²⁰ CSJ SP, 29 jul. 2009, rad. 28725.

orienta primordialmente la imposición de las penas accesorias queda fuertemente menguada.

En efecto, el fin preventivo especial de las sanciones accesorias facultativas queda comprometido porque si a quien es declarado penalmente responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego (art. 365 C.P.), por ejemplo se le impone la pena mínima privativa de la libertad prevista en la ley —9 años—, en ese orden, siguiendo el sistema de cuartos, termina por aplicársele el extremo *ídem* de la pena accesoria, valga decir, un año de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, sin detenerse a examinar las particularidades del caso que, en determinados eventos, *verbi gratia*, cuando el arma que se porta ilegalmente se usa para cometer otros delitos, como ocurrió en el caso de la especie, aconseja restringir el respectivo derecho en un *quantum* superior al mínimo que resultaría de aplicar la regla prevista en el artículo 61 del Código Penal, en orden a precaver la afectación futura de bienes jurídicos concretos.

Con todo comedimiento,

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Magistrado