

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP14467-2015

Radicación 44367

Aprobado acta número 373

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil quince (2015).

Derrotada la ponencia inicial presentada en este asunto, procede la Corte a resolver de manera oficiosa si se violaron las garantías judiciales en el proceso adelantado contra JOSÉ FERNANDO ORTIZ BUITRÓN, en el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó la pena de cuatrocientos treinta y seis (436) meses de prisión, veinte (20) años de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas y quince (15) años de privación del derecho a portar armas de fuego que le impuso a dicha persona el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de la referida ciudad, tras condenarlo por los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. La situación jurídicamente relevante fue transcrita en anterior providencia por la Sala

de la siguiente manera:

[E]l día 19 de noviembre de 2009, cuando promediaban las 22:10 horas, Richard Moncada se encontraba en compañía de Juan Carlos Escobar Agames y Paola Andrea Salazar Zúñiga, entre otras personas, a la altura de la carrera 17 número 13-17 del barrio Guayaquil de esta ciudad [Cali], cuando fue sorprendido por un sujeto que se le acercó y sin mediar palabra desenfundó un arma de fuego disparando contra la humanidad de Richard Moncada, propinándole el primer impacto en la cabeza y cuatro más [en realidad fueron cinco impactos más] una vez (...) cayó al suelo.

[L]os acompañantes del occiso identificaron al homicida como alias El Rolo, persona conocida de tiempo atrás en ese sector.

De acuerdo con el decir de los testigos, inmediatamente después del lamentable suceso, Juan Carlos Escobar Agames salió a correr tras el homicida, observando cómo durante la persecución (...) se iba despojando de algunas de sus prendas.

La información legalmente obtenida, los señalamientos de los testigos y las labores de investigación de la Policía Nacional permitieron establecer que alias El Rolo se identificaba con el nombre de JOSÉ FERNANDO ORTIZ BUITRÓN¹.

2. Por lo anterior, el 21 de octubre de 2010, la Fiscalía General de la Nación le atribuyó a JOSÉ FERNANDO ORTIZ BUITRÓN la realización de las conductas punibles de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, conforme a lo previsto en los artículos 104 numeral 7 («situación de indefensión o inferioridad») y 365 de la Ley 599 de 2000, con la modificación que a los tipos básicos introdujeron los artículos 14 de la Ley 890 de 2004 y 38 de la Ley 1142 de 2007.

Como el imputado no aceptó los cargos, la Fiscalía lo acusó por idénticos

comportamientos el 12 de enero de 2011.

3. El juicio oral lo adelantó el Juzgado Diecinueve Penal de Circuito de Cali, despacho que condenó al procesado por los delitos materia de acusación a cuatrocientos treinta y seis (436) meses de prisión, veinte (20) años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y quince (15) años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego. Así mismo, le negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad como la prisión domiciliaria.

4. Apelado el fallo por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en providencia de 23 de abril de 2014, la confirmó en los aspectos objeto de debate.

5. Contra la decisión de segunda instancia, el abogado de JOSÉ FERNANDO ORTIZ BUITRÓN interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación.

El 25 de mayo de 2015, la Corte no admitió la demanda presentada por el actor debido a la ausencia de fundamentos. No obstante, dispuso que las diligencias regresaran a esta Corporación, una vez agotado el trámite siguiente, con el fin de estudiar la probable vulneración de una garantía judicial «al dosificar la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego en la sentencia»².

6. Notificado el auto sin que el demandante acudiera al mecanismo de insistencia, la ponencia inicial fue derrotada en sala de 9 de septiembre de 2015. Por lo tanto, el asunto pasó al despacho del siguiente magistrado en turno el 17 de septiembre.

II. CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico consiste en determinar si en la dosificación de las penas

privativas de otros derechos, como la «privación del derecho a la tenencia y porte de arma» de que tratan los artículos 43 numeral 6 y 49 del Código Penal³, debe aplicarse o no el régimen de cuartos regulado en idéntico estatuto⁴.

En efecto, el funcionario a quo impuso en este asunto la sanción máxima de quince (15) años consagrada en el inciso 6º del artículo 51 de la Ley 599 de 20005 sin tener en cuenta el sistema de cuartos enunciado, pese a que en la dosificación de las penas privativas de la libertad sí se valió de este y, en relación con la accesoria de inhabilidad, invocó el artículo 52 del mismo código⁶, ajustándose al entendido (desarrollado por la jurisprudencia de la Sala) de que es equivalente en tiempo al de la prisión salvo cuando excede el límite de veinte (20) años contemplado en el inciso 1º del artículo 51 ya referido⁷.

De haber seguido el régimen de cuartos en la imposición de la pena privativa del derecho a tener armas de fuego, el a quo no hubiera podido individualizarla en el extremo superior establecido en el artículo 51 inciso 6º, sino a lo sumo en el máximo del llamado cuarto mínimo, que fue el ámbito de determinación en el cual, de acuerdo con los preceptos del artículo 61 del Código Penal, tuvo que moverse el funcionario para efectos de individualizar la pena de prisión. Dicho tope no superaría los cincuenta y cuatro (54) meses de privación del derecho, es decir, no iría más allá de los cuatro (4) años y medio.

El objeto de estudio, entonces, no solo repercutiría en la situación del procesado frente a la mayor o menor gravedad de la sanción que en últimas se le impuso, sino además atañe de manera directa al principio de estricta legalidad en el proceso de dosificación punitiva. En otras palabras, involucra la definición de la cobertura de una garantía judicial.

2. Para la mayoría de la Sala, la respuesta al problema es afirmativa. Es decir, así como ocurre en la dosificación de las penas que restringen la libertad, en las

privativas de otros derechos, bien sean principales o accesorias, es imperativo sujetarse al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 y demás normas concordantes del Código Penal. Lo anterior, por las siguientes razones:

2.1. El legislador de la Ley 599 de 2000 no distinguió, ni la Corte tampoco tiene por qué hacerlo, entre la dosificación de las penas privativas de la libertad ni las restrictivas de otros derechos, ni entre la individualización de las penas principales (prisión, multa y privaciones de otros derechos señaladas en forma específica en tipos penales) y las accesorias (distintas a la inhabilitación que va aparejada con la de prisión).

En efecto, el rótulo jurídico del artículo 60 del Código Penal, que contiene la aplicación del sistema de cuartos para el proceso de dosificación punitiva, es «fundamentos para la individualización de la pena»; no dice «fundamentos para la individualización de la pena de prisión», ni «fundamentos para la individualización de las sanciones principales». En otras palabras, la expresión «pena», al no ir acompañada de otra que la especifique o restrinja, debe comprender las sanciones contempladas en el estatuto punitivo, incluidas las penas privativas de otros derechos a las cuales alude el artículo 52 inciso 1º de la Ley 599 de 2000

Ello, claro está, a menos que de la norma se desprenda otra cosa, como sucede con el inciso 3º del último precepto acerca de la inhabilitación para ejercer cargos públicos en tanto sea accesoria de la prisión. Pero cuando las penas privativas de otros derechos están contempladas como principales en ciertos tipos (por ejemplo, las sanciones de los artículos 109 inciso 2º, 121 o 397 del Código Penal), o cuando el juez las impone a modo de accesorias siguiendo los parámetros del artículo 52 inciso 1º, emerge como consecuencia directa del principio de estricta legalidad dividir «el ámbito de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo», así como

observar los demás parámetros previstos en el artículo 61.

Esta última norma, por lo demás, figura en el capítulo II del Código Penal, denominado «de los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad», que a su vez hace parte del Título IV, intitulado «de las consecuencias jurídicas de la conducta punible». Y preceptos como los del artículo 52, que trata de las penas privativas de otros derechos, así como los referidos tanto a las penas principales como a las accesorias, al igual que las que restringen la libertad y las de naturaleza pecuniaria (artículos 34 a 42), están comprendidos dentro de ese mismo Título, en su capítulo I: «de las penas, sus clases y sus efectos». Es decir, el capítulo II es el que contiene todos los parámetros de dosificación que se deben observar para cualquier sanción abarcada por el capítulo I.

De hecho, el inciso 2º del artículo 52 de la Ley 599 de 2000 dispone de manera explícita que «[e]n la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59». Y el artículo 59 ordena que «[t]oda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena». De estas disposiciones deviene en tan obligatorio como necesario circunscribirse a los fundamentos del artículo 61 del Código Penal, los únicos dentro de los cuales sería posible determinar las sanciones privativas de otros derechos desde una perspectiva cuantitativa.

2.2. La dosificación de las penas en la Ley 599 de 2000 obedece a dos aspectos esenciales: el sustento razonable y la discrecionalidad reglada. El sistema de cuartos del artículo 61 del Código Penal es la emanación lógica de este último criterio.

Así lo reconoció la Sala en el fallo CSJ SP, 10 jun. 2009, rad. 27618, y, más recientemente, en la sentencia CSJ SP, 30 abr. 2014, rad. 41350. De acuerdo con la Corte:

[E]l proceso dosimétrico debe descansar en dos pilares fundamentales: la

discrecionalidad reglada y el sustento razonable, aspectos con los cuales se busca sembrar parámetros de proporcionalidad en la concreción de la sanción al tiempo que permiten controlar la función judicial mediante el ejercicio del derecho de impugnación, pues los criterios plasmados permitirán su ataque igualmente argumentado en aras de establecer la respuesta correcta a lo debatido.

Así, el artículo 59 de la Ley 599 de 2000 señala de modo imperativo que toda sentencia debe contener la fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, además, el artículo 61 establece una restricción a la discrecionalidad del juez en el proceso de individualización de la misma al indicar la forma como debe dividir objetivamente el marco punitivo –que resulta de la diferencia entre el límite mayor y menor– en cuartos: mínimo, en caso de no concurrir circunstancias agravantes ni atenuantes o sólo presentarse estas últimas; medios, cuando simultáneamente concurren unas y otras; y máximo, si confluyen únicamente agravantes.

La aplicación de un sistema de cuartos, entonces, no implica la supresión de la discrecionalidad por parte del juez al momento de imponer la pena; tan solo define (o limita, si se quiere) el ámbito dentro del cual podrá ejercerla. Es decir, se trata de una facultad condicionada, sin que se adviertan las razones por las que dicha reglamentación no podría abarcar la dosificación de las penas privativas de otros derechos.

Esta regulación no obedeció a un capricho por parte del legislador sino a la necesidad de ajustar el arbitrio del juez en la imposición de la pena a los cauces de la seguridad jurídica, proporcionalidad e igualdad. Es decir, buscaba que, frente a situaciones objetivamente idénticas (determinadas, claro está, por las circunstancias de mayor o menor punibilidad a las cuales remite el artículo 61 de la Ley 599 de 2000 para la fijación de los cuartos) las diferencias de criterio entre un funcionario y otro se viesen

restringidas por ámbitos menos amplios que los de los extremos mínimo y máximo previstos para cada sanción.

Así, por ejemplo, en la privación del derecho a tener y portar armas de fuego, esa diferencia de criterio entre uno y otro juez llevaría a uno a imponer el mínimo de un (1) año, previsto en el inciso 6º del artículo 51 del Código Penal, y al otro el máximo de quince (15) años, a pesar de que los datos con los cuales contaban para valorar el objeto del reproche no variasen. Con el sistema de cuartos, en cambio, se mantiene la discrecionalidad judicial para la individualización punitiva (en todo caso indispensable por los motivos expuestos en el fallo CSJ SP, 30 abr. 2014, rad. 41350), pero los distintos resultados de los funcionarios no figurarían, comparados entre ellos, excesivos, sobrepasados o demasiado dispares.

Siguiendo con el ejemplo, en un ámbito de movilidad reducido al cuarto mínimo, el primer juez fijaría la sanción en un año (1), pero el otro no podría imponer, bajo los mismos supuestos, una superior a cuatro (4) años y seis (6) meses. Y, en el evento de que hubiese de partir del cuarto máximo, aquel tendría que individualizarla en once (11) años y medio, mientras que el segundo en quince (15) años. Las diferentes posturas, en estos casos, no lucirían desproporcionadas.

En este orden de ideas, la aplicación del sistema de cuartos no solo hace parte del principio de estricta legalidad de la pena, sino también es un instrumento indispensable para garantizar la seguridad jurídica, la prohibición de exceso y el principio de igualdad.

2.3. La Sala ha sostenido en forma pacífica una doctrina en su jurisprudencia de acuerdo con la cual en la dosificación de las penas privativas de otros derechos, cuando se imponen como accesorias, opera el sistema de cuartos.

Así lo explicó la Corte en el fallo CSJ SP, 4 dic. 2013, rad. 41511:

[S]e observa un yerro en la dosificación de las penas de “privación del derecho a acudir al hogar o zona de residencia de la víctima” y de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, en tanto su tasación transgredió el principio de legalidad de la pena porque no se ajustó al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 del Código Penal, defecto que no fue denunciado por el censor y debe ser reparado por la Sala para impartir justicia en el caso concreto.

En efecto, se constata que, en el procedimiento de adecuación punitiva, al pronunciarse sobre las sanciones accesorias, el a quo condenó al enjuiciado a la privación del derecho de acudir al hogar o zona de residencia de la víctima por el periodo de 5 años, y a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por el término de la pena principal (5 años).

[...] Teniendo en cuenta que la pena principal privativa de la libertad respecto del delito base se impuso dentro del primer cuarto (60 meses) pues solamente concurrían circunstancias de menor punibilidad, las referidas sanciones accesorias también debían ser situadas dentro del mismo rango. Sin embargo, como lo revela la transcripción, el juez unipersonal las fijó en 5 años, esto es, en el primer caso, dentro del segundo cuadrante y, en el segundo evento, en el extremo máximo del último margen, superando con suficiencia el marco legal, yerro que no fue advertido por el ad quem⁸.

Igualmente, en la sentencia CSJ SP9226, 16 jul. 2014, rad. 43514:

Aun cuando el sentenciador también impuso al procesado la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, decidió determinarla en idéntico lapso al señalado para la pena privativa de la libertad, pasando por alto que para esa accesoria el artículo 51 establece los extremos punitivos dentro de los cuales procede dosificar la pena, que van de uno (1) a quince (15) años; luego, era deber para el juzgador dividir esos

límites en cuartos y, luego, siguiendo los mismos criterios que aplicó para tasar la sanción principal, fijar el monto respectivo.

Desconocieron de esa manera los falladores el principio de legalidad, garantía de estirpe fundamental prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, al amparo de la cual los funcionarios están obligados a determinar las sanciones, cuando a ello hay lugar, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos en la ley⁹.

Y en el fallo CSJ SP2636, 11 mar. 2015, rad. 44221, entre otros:

Encuentra la Sala que en este caso se impone acudir a la facultad consagrada en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000 para casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, pues se advierte que la sentencia resultó violatoria del principio de legalidad, dado que no se dosificó adecuadamente la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas impuesta a los procesados.

[...] Como ya ha tenido de señalarlo esta Corporación (CSJ SP9226, 16 jul. 2014, rad. 43514), el citado precepto [artículo 61 de la Ley 599 de 2000] establece que una vez fijados los extremos mínimo y máximo de la pena, el juez procederá a dividir el ámbito punitivo de movilidad en cuartos, labor que debe emprenderse tanto respecto de las sanciones principales como de las accesorias, pues la ley no introduce distinción al respecto.

En este caso los falladores acudieron al sistema de cuartos para cuantificar la pena de prisión, pero no procedieron de igual forma respecto de la sanción de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, pues impusieron el extremo punitivo máximo, lo cual denota que desconocieron el principio de legalidad, garantía de estirpe fundamental prevista en el artículo 29 de la Código Penal, al amparo de la cual los funcionarios judiciales están obligados a determinar las sanciones dentro de los límites cuantitativos establecidos en la ley, circunstancia que impone a la Corte acometer

oficiosamente dicha ponderación y efectuar la respectiva enmienda¹⁰

2.4. Por último, es absolutamente inane, para efectos de determinar el régimen de dosificación punitiva de las sanciones privativas de otros derechos, plantear diferencias sustanciales o de forma, ya sean reales o infundadas, entre las penas principales y las accesorias, o entre las funciones específicas que estas y aquellas cumplen en los casos concretos, o en cuanto a la incidencia que sobre unas y otras tengan ciertas circunstancias modificadoras de sus límites mínimo y máximo.

En primer lugar, es poco convincente señalar que en la dosificación de las penas privativas de otros derechos el sistema de cuartos solo opera para las sanciones previstas en la parte especial del Código Penal, pero no cuando el juez las impone como accesorias en virtud del inciso 1º del artículo 52 de la Ley 599 de 2000.

Como ya se señaló en precedencia (2.1), el régimen de cuartos previsto en el artículo 60 del capítulo II del Título VI del Código Penal regula la imposición de las penas señaladas en el capítulo I de igual Título, lo que incluye a las privativas de otros derechos, ya sean principales o accesorias.

Lo único que se puede predicar de la consagración por parte del legislador de unas sanciones privativas de derechos distintos al de la libertad en la parte especial del Código Penal y unas penas de idéntica índole que se pueden imponer como accesorias, es el reconocimiento, en el segundo caso, de una facultad discrecional en el juez para establecerlas (sujeta a las circunstancias de cada caso y a los supuestos consagrados en el artículo 52 inciso 1 de la Ley 599 de 2000⁹), así como la necesidad, en el primero, de eliminar la referida potestad judicial, en tanto su imposición siempre repercutiría para la protección del bien jurídico. Pero esto de ninguna manera supedita o altera el proceso de dosificación punitiva que debe regir en la dosificación de las penas principales y accesorias.

En segundo lugar, tampoco tiene sentido justificar la modificación del régimen punitivo para las penas privativas de otros derechos aduciendo que, cuando el juez las impone como accesorias, cumplen fines eminentemente preventivos.

Por un lado, dada la pluralidad de fines de la pena en la norma que como principio rector del orden jurídico prevé el artículo 4 del Código Penal, es imposible deducir en abstracto la función o funciones que determinada sanción cumpliría en cualquier evento, bien sea principal o accesoria, privativa de la libertad o de otro derecho. Las funciones de la pena solo se pueden derivar de la sustentación que acerca del reproche personal realizado al autor del injusto efectúe el juez en cada caso. De ahí que no es acertado sostener que las sanciones privativas de derechos distintos a la libertad, cuando son accesorias, obedecen a fines exclusivamente preventivos.

De hecho, de los presupuestos indicados en el inciso 1º del artículo 52 del Código Penal sería posible colegir fines diversos («cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado [de los derechos] o haber facilitado su comisión»). Así, por ejemplo, un juez podría imponer una pena privativa de otro derecho únicamente con el argumento de que el procesado abusó del mismo, sin que por lo demás hubiese la posibilidad de repetición. Es decir, la función que cumpliría dicha sanción sería de retribución justa, mas no de prevención.

Y, por otro lado, aun en el caso de ser ciertos los fines eminentemente preventivos de las penas accesorias privativas de otros derechos, ello igual no constituiría motivo razonable para concluir que, en su imposición, el juez dejaría de estar sujeto al sistema de cuartos del artículo 61 del Código Penal.

Finalmente, que los extremos de las penas privativas de otros derechos (cuando se imponen como accesorias) no se modifiquen por circunstancias que sí se predicen respecto de las principales contempladas en los tipos penales (como por

ejemplo, causales específicas de agravación o atenuación, ira e intenso dolor, tentativa, etc.) tampoco es razón suficiente para que su régimen de dosificación fuera distinto al del resto de las sanciones en general.

Esta situación atañe directamente a la irrelevancia de aplicar los parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables de que trata el artículo 60 de la Ley 599 de 2000. Pero no implica la inaplicación de los fundamentos dosimétricos del artículo 61 siguiente, que regula el sistema de cuartos.

En síntesis, la Sala, en su mayoría, no advierte motivos para variar la línea jurisprudencial relativa al sistema de cuartos en la dosificación de las penas privativas de derechos distintos al de la libertad.

3. Como consecuencia de lo hasta ahora expuesto, la Corte casará de manera oficiosa y parcial el fallo de segunda instancia, en el sentido de disminuir de quince (15) años a cuatro (4) años y seis (6) meses, o cincuenta y cuatro (54) meses, la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego que se le impuso a JOSÉ FERNANDO ORTIZ BUITRÓN, que es el máximo que podían imponer los jueces teniendo en cuenta el ámbito de movilidad correspondiente al cuarto mínimo.

Igualmente, precisará que la providencia de segunda instancia permanecerá incólume en los demás aspectos que no fueron materia de modificación.

III. 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

Primero. Casar oficiosa y parcialmente la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, disminuir la pena privativa del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego impuesta a JOSÉ FERNANDO ORTIZ BUITRÓN a cincuenta y cuatro (54) meses.

Tercero. Precisar que la decisión de segunda instancia permanecerá incólume en todos los demás aspectos que no fueron objeto de modificación.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Salvamento de voto

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

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 las manifestaciones que expresamos durante la discusión del respectivo proyecto, nos permitimos reiterar que no compartimos la decisión de casar de oficio y parcialmente la sentencia de segundo grado en razón de 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».

Las razones de nuestro disenso, son en esencia las siguientes:

1. La decisión que se adoptó por la mayoría tiene como argumento central que en la dosificación de las penas restrictivas de otros derechos el juzgador debe atender las directrices legalmente establecidas para la determinación de la sanción, esto es, acudir al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 del Código Penal, porque de éste no se exceptúan las penas accesorias, como que la norma en cita ninguna distinción hace al respecto, amén que tal proceso dosimétrico es expresión de los postulados de discrecionalidad reglada y sustento razonable, con los cuales se busca garantizar la proporcionalidad de la sanción y ajustarla a cauces de seguridad jurídica e igualdad.

2. Sin embargo, en la providencia de la que respetuosamente nos apartamos se le resta importancia a los temas relativos a (i) la naturaleza y fines de las penas accesorias y (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 C.P., 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 ídem.

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 ejusdem).

Del artículo 52 de la codificación citada se extrae que la aludida clase de penas solo pueden ser aplicadas 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»¹¹, aquella visión evolucionó hacia un concepto preventivo¹², 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»¹³.

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 -art. 61 C.P.-, el cual está previsto para la 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 arts. 52 inc. 1º y 59 ídem, 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»¹⁴, 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 tiene 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 especiales¹⁵.

Ahora, como se señaló párrafos atrás, 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 -art. 52, inc. 1º C.P.- y considerando que aquéllas tienen una marcada finalidad preventiva¹⁶, en tanto que con su aplicación se pretende precaver la afectación futura de bienes jurídicos concretos mediante la restricción de derechos o prerrogativas, 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 4º del CP, dada la particular naturaleza y función que aquéllas cumplen, itérese, fundamentalmente utilitarista mediante la prevención del delito, demandan en su determinación 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 de las penas principales, resulta insuficiente para prevenir, en el caso particular, el comportamiento delictivo¹⁷.

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 CP), 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 todo caso, para brindar una mayor protección a los bienes jurídicos vulnerados no protegidos directamente por la norma penal.¹⁸

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 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 4º 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»¹⁹, sostiene:

Aunque ello sea bastante obvio a tenor de lo ya dicho hasta ahora, sobre todo en el análisis del concepto de «factor final de la I.J.P.²⁰», 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 imponer²¹. Creo que no es exagerado decir que la racionalización de la I.J.P. debe empezar por clarificar 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.²² (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 ejusdem) 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 pena con el de proporcionalidad -el cual también ostenta la categoría de principio rector y garantía fundamental²³-, 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 2000²⁴, 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»²⁵.

En esa medida, si la ley atribuye al juez la facultad reglada de imponer o no cierta pena accesoria, cuando la 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 -art. 56 C.P.-, o la ira e intenso dolor -art. 57 ídem-, 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 art. 52 inc. 1º del CP.

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 ibídem, labor en la cual tendrá especial cuidado en 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 jurisdiccionalidad²⁶, 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.

Consecuente con lo anterior, consideramos 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, así 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 nos apartamos 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 justo²⁷ 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»²⁸, dicho

postulado se quebranta en casos como el presente, donde la función de prevención especial que 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.), 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 otro delito, como en este asunto, donde se trata de un claro episodio de sicariato, 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

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado

1 Folio 6 del cuaderno de la Corte (CSJ AP2783, 25 may. 2015, rad. 44367).

2 Folio 31 ibídem.

3 Artículo 43-. Las penas privativas de otros derechos. Son penas privativas de otros derechos: [...]

6-. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas. [...]

Artículo 49-. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma. La imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de arma inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia.

4 Artículo 61-. Fundamentos para la individualización de la pena. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

5 Artículo 51-. Duración de las penas privativas de otros derechos. [...]

La privación del derecho a la tenencia y porte de arma de uno (1) a quince (15) años.

6 Artículo 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.

En la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59.

En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2º del artículo 52.

7 Artículo 51-. Duración de las penas privativas de otros derechos. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3º del artículo 52

8 CSJ SP, 4 dic. 2013, rad. 41511.

9 CSJ SP9226, 16 jul. 2014, rad. 43514.

10 CSJ SP2636, 11 mar. 2015, rad. 44221.

11 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.

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

13 Art. 52, inc. 1º, C.P.

14 Art. 4º Código Penal.

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

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

17 Ídem, pág. 337.

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

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

20 Individualización Judicial de la Pena.

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

22 Página 73.

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

24 «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».

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

26 En SCC C-272 de 1999, sobre dicho principio y el de estricta legalidad, el Tribunal Constitucional refirió que «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 que «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».

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

28 CSJ SP, 29 jul. 2009, rad. 28725.