



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado Ponente

SP12550-2015

Radicación N° 46463

Aprobado acta No. 321.

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015).

VISTOS

Vencido el término para promover el mecanismo de insistencia sin que se haya deprecado 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 Buga (Valle del Cauca), el 28 de abril de 2015, confirmatoria de la emitida el 27 de noviembre de 2014 por el Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Roldanillo (Valle del Cauca), en la cual se condenó al procesado JUAN JOSÉ MADRID MILLÁN como autor responsable del delito de *fabricación*,

tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

HECHOS

Ocurridos en el municipio de La Unión (Valle del Cauca), en el auto inadmisorio de la demanda de casación, la Corte prohijó el siguiente resumen de los mismos:

“Refiere el escrito de acusación que según el registro del informe de Policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia, siendo las 19:50 horas del día 23 de julio de 2013, cuando los Policías realizaban patrullaje de registro y control en el sector del barrio El Jardín, carrera 20 con calle 18, ingresó al barrio La Habana, observaron dos hombres que se movilizaban en una motocicleta YAMAHA, RX-115, color negro, placas BMR-21A, en actitud nerviosa, quienes al ser requerirlos (sic) para que detuviesen la marcha, emprendieron la huida por la carrera 20, procedieron a seguirlos sin perderlos de vista, al llegar a la calle 12, observan que el parrillero se tiró de la moto y salió corriendo; posteriormente, el conductor de la motocicleta se cayó, abandonó la moto y emprendió la huida a pie dirigiéndose hacia el antejardín de la residencia situada en la calle 12 y demarcada con el número 19-29 del barrio La Cruz, observándolo que arrojó un arma de fuego y luego sigue corriendo siendo capturado en la parte interna de una sala de internet situada en la calle 12 número 10-29 del barrio La Cruz, quien manifestó llamarse Juan José Madrid Millán, cédula número 1116434201 de Zarzal Valle del Cauca, acto seguido el patrullero Jorge Escalante Vente se dirigió al sitio donde el capturado lanzó el arma de fuego y encontró allí una pistola marca o modelo CZ-75 BD POLICE, calibre 9 mm., LUGER, número serial borrado, cañón 11.4 ctms, ánima, proveedor con capacidad para nueve (9) cartuchos, funcionamiento semiautomático, fabricación

MADE IN SZECH REPUBLIC, acabado pavonado negro, empuñadura cachas color negro, apta para disparar, con dos (2) proveedores metálicos para nueve (9) cartuchos cada uno”.

DECURSO PROCESAL

En diligencias previas verificadas el 24 de julio de 2013 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Roldanillo (Valle del Cauca), se legalizó la captura de JUAN JOSÉ MADRID MILLÁN; se le formuló imputación por la conducta punible de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*; y se le aplicó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en el lugar de residencia¹.

Como el investigado no se allanó al cargo formulado, la Fiscalía lo ratificó en el escrito acusatorio que allegó el 19 de septiembre posterior.

La fase del juicio correspondió adelantarla al Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa localidad, despacho que luego de realizar las audiencias de formulación de acusación -el 18 de febrero de 2014-, preparatoria -el 14 de mayo ulterior- y juicio oral -en sesiones del 24 de julio y 23 de septiembre siguientes-, dictó sentencia el 27 de noviembre de esa anualidad,

¹ No obstante ello, consta en el proceso (folios 27, carpeta), que MADRID MILLÁN fue capturado el 8 de septiembre posterior, siendo remitido a un establecimiento carcelario, en virtud a proceso que se adelanta en su contra por el ilícito de *fuga de presos*.

declarando la responsabilidad penal de MADRID MILLÁN en la hipótesis delictual por la cual se le acusó judicialmente.

Consecuente con su determinación, el *A quo* le impuso la pena principal de 108 meses de prisión y las sanciones accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de arma, por el mismo lapso; así mismo, decretó el comiso del arma de fuego incautada, y le negó los beneficios sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

Impugnado el fallo por el defensor del inculcado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga lo confirmó íntegramente mediante providencia del 28 de abril de 2015, en contra de la cual el mismo sujeto procesal interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación y allegó la correspondiente demanda.

Con auto del 11 de agosto de 2015, la Sala inadmitió la demanda de casación, 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 11 de agosto del corriente año, la Sala encontró necesario verificar si hubo menoscabo a las formas propias del juicio y las garantías que le asisten al procesado JUAN JOSÉ MADRID MILLÁN, 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 acusado, 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 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Roldanillo, confirmado en ese aspecto por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, se impuso al mencionado dicha pena accesoria por un lapso de 108 meses, es decir, 9 años, 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: *“PENAS ACCESORIAS. Concurrente con esta sanción y por mandato legal, la pena accesoria de inhabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas, así como la*

privación del derecho al porte o tenencia de armas de fuego, por el mismo periodo de la pena principal”.

Desatendió, entonces, 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; CSJ SP3441, 25 marzo 2015, Rad. 45317; y CSJ SP4322, 16 abril 2015, Rad. 45399).

Así las cosas, para corregir el yerro de las instancias 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, deben tenerse en cuenta los parámetros empleados por el fallador *A quo* cuando abordó el tema de la determinación de la sanción corporal para el atentado contra la seguridad pública.

Recuérdese que en ese proceso, el juzgador estimó ubicarse en el primer cuarto, oscilante entre 108 y 117 meses de prisión, y dentro del mismo aplicó el mínimo punitivo, para fijar una pena de 108 meses de prisión.

Aplicando idéntica regla en la tasación de la sanción accesoria de la privación del derecho a la tenencia y porte de arma, la misma se ubica en el primer cuarto y dentro de él se opta por la menor penalidad, esto es, de un (1) año.

Por lo tanto, la Sala casará oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado y, en consecuencia, disminuirá a esa proporción la referida pena accesoria, impuesta al enjuiciado MADRID MILLÁN.

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 Buga, el 28 de abril de 2015, confirmatoria de la emitida por el Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Roldanillo, el 27 de noviembre de 2014, en el sentido de fijar en un (1) año la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma que debe purgar el procesado JUAN JOSÉ MADRID MILLÁN, condenado como autor de la conducta punible de *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.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

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 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 nos apartamos se dejan de lado los temas relativos (i) a la naturaleza y fines de las penas accesorias y (ii) a 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 art. 61 del CP, 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 art. 51 *idem*.

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 *eiusdem*).

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*»², aquella visión evolucionó hacia un concepto preventivo³, 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*»⁴.

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

² 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.

³ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 260.

⁴ Art. 52, inc. 1º, C.P.

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*»⁵, 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 especiales⁶.

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,

⁵ Art. 4º Código Penal.

⁶ Morrillas Cueva Lorenzo, Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, Madrid, 1991, pág. 18.

obviamente respetando las pautas establecidas en la ley –art. 52, inc. 1º C.P.– y considerando que aquéllas tienen una marcada **finalidad preventiva**⁷, 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 delictivo⁸.

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

⁷ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 260.

⁸ Ídem, pág. 337.

sucedan 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.⁹

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

⁹ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 337.

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*»¹⁰, 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.¹¹», 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 imponer¹². 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.**¹³ (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

¹⁰ Ediciones Universidad de Salamanca, 1ª Edición: mayo de 1999.

¹¹ Individualización Judicial de la Pena.

¹² «Hirsch, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op.cit*, p. 9; Gribbohm, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op.cit*, p. 103».

¹³ Página 73.

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 fundamental¹⁴–, 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 2000¹⁵, determina en

¹⁴ Cfr., C.S.J. SP. 27/02/13, rad. 33254 y 24/06/15, rad. 40.382, entre otras.

¹⁵ «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

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»*¹⁶.

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

cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena».

¹⁶ Posada Maya Ricardo y Hernández Beltrán Harold Mauricio, El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Medellín, 2001, pág. 339.

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 3° ibídem, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular.

De esa manera se garantizan el debido proceso sancionatorio y el principio de estricta jurisdiccionalidad¹⁷, 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

¹⁷ 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*».

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 justo¹⁸ 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*»¹⁹, 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.

¹⁸ SCC T-429 de 1994 y SCC C-306 de 2012, entre otras.

¹⁹ CSJ SP, 29 jul. 2009, rad. 28725.

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, 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