



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP16798-2017

Radicación 46763

(Aprobado Acta n. 340)

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil diecisiete
(2017)

ASUNTO

Se dicta sentencia oficiosa de casación en el proceso seguido contra JAIRO CORREA SUÁREZ, en el cual resultó condenado por el delito de homicidio agravado tentado, de conformidad con los artículos 104-7 y 27 del Código Penal, en concurso con porte, fabricación y tráfico de armas de fuego, partes o municiones, tipificado en el artículo 365 *ejusdem*.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

Los hechos ocurrieron el 26 de agosto de 2012 en la carrera 2ª Bis, frente al número 41B-03 del sur de Bogotá, cuando aproximadamente a las 02:24 de la madrugada fue herido con tres disparos de arma de fuego Jonathan Fernando Villa Rodríguez, por JAIRO CORREA SUÁREZ, quien después de accionar el arma de fuego en diversas oportunidades sacó un arma corto punzante y le propinó dos puñaladas. La víctima fue trasladada al Hospital La Victoria, en donde recibió atención médica sobreviviendo a la agresión.

2. Procesales

Adelantadas las labores investigativas, el 21 de febrero de 2013 la fiscalía solicitó ante un juez de garantías orden de captura en contra de JAIRO CORREA SUÁREZ, la cual se materializó y legalizó el 19 de marzo de 2013 ante el Juzgado 48 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá. En el mismo despacho judicial se le formuló imputación en la que se le atribuyó la comisión de los delitos de homicidio (art. 103 del C.P) agravado por la sevicia (art.104-6) y aprovechándose de la situación de indefensión de la víctima (104-7), en el grado de tentativa (art. 27), en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas

de fuego, accesorios, partes o municiones de uso personal (art. 365 *ibidem*). Cargos que no fueron aceptados por el imputado.

Por las situaciones fáctica y jurídica descritas, el mismo juzgado, a solicitud del ente acusador le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

Presentado el escrito de acusación (30 de abril de 2013), el conocimiento correspondió al Juzgado 16 Penal del Circuito, que el 19 de junio del mismo año realizó la audiencia.

El 16 de julio de 2013 se adelantó la audiencia preparatoria y el juicio oral se desarrolló los días 25 de noviembre de 2013, 25 de abril y 13 de agosto de 2014, fecha ésta en la cual se anunció el sentido del fallo –condenatorio– y se dio curso a la audiencia prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

El Juzgado 16 Penal del Circuito, en sentencia del 15 de diciembre de 2014 condenó a JAIRO CORREA SUÁREZ como autor responsable de los delitos de homicidio agravado tentado, de conformidad con los artículos 104-7 y 27 del Código Penal, en concurso con porte, fabricación y tráfico de armas de fuego, partes o municiones, tipificado en el artículo 365 *ejusdem*, a la pena privativa de la libertad de ciento setenta y cuatro (174) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

públicas y la prohibición para el porte y tenencia de armas de fuego o municiones por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

El fallo de primera instancia fue apelado por el defensor y confirmado por una Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante proveído del 29 de mayo de 2015.

Contra la anterior decisión, el defensor presentó demanda de casación que en auto CSJ AP4759-2017, del 24 de julio de 2017 fue inadmitida. En el mismo proveído se dispuso estudiar la procedencia de una casación oficiosa de la sentencia.

CONSIDERACIONES

En ejercicio de la facultad prevista en el tercer inciso del artículo 184 del C.P.P., la Corte dictará fallo con el objeto de corregir la ilegalidad de la sentencia de segunda instancia que confirmó la decisión de condenar a JAIRO CORREA SUÁREZ por los delitos de homicidio agravado tentado, de conformidad con los artículos 104-7 y 27 del Código Penal, en concurso con porte, fabricación y tráfico de armas de fuego, partes o municiones, tipificado en el artículo 365 *ejusdem*, en lo que hace a la cuantía de la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas que se le impuso.

Como se refirió en los antecedentes procesales, el Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá condenó a JAIRO

CORREA SUÁREZ a una pena principal de ciento setenta y cuatro (174) meses de prisión y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y prohibición para el porte y tenencia de armas de fuego o municiones, ambas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad. Esa determinación fue confirmada integralmente por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia proferida el 15 de diciembre de 2014.

El artículo 52 del Código Penal dispone que «..., *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 exceder el máximo fijado en la ley [20 años], sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2º del artículo 51 [intemporal para servidores públicos condenados por los delitos indicados en el artículo 122-5 C. Pol.¹]*». De ahí que ninguna incorrección exista en la decisión de igualar el monto de la referida pena al de la prisión (174 meses o 14 años, 6 meses).

No ocurre lo mismo con la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, respecto de la cual

¹ Artículo 122, inciso 5, de la Constitución: «Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, **en cualquier tiempo**, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior. Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.»

la ley penal no prevé una duración *«igual a la de la pena a que accede...»*, sino que establece el método de cuantificación consistente en la fijación de un ámbito punitivo de movilidad, cuyo mínimo es de 1 año y el máximo de 15 años (art. 51), y de cualificación en los términos del inciso 2º del artículo 52 *ibídem* que remite al art. 59.

Siendo así, la determinación de la cantidad de pena accesoria a imponer debe ser el resultado de la aplicación de las reglas previstas en los artículos 60 y 61 del Código Penal, que regulan la imposición de la pena de prisión y las privativas de otros derechos, bien sean principales o accesorias, y la cualificación se determina en la fundamentación explícita sobre los motivos que tenga el juez para deducir *«la 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»*. (art. 52 *ejusdem*)

Bajo los anteriores criterios, observa la Sala que en torno a la *“privación del derecho a la tenencia y porte de arma”* que como pena accesoria le fue infligida al aquí procesado en el fallo de primer grado, confirmado en segunda instancia, son dos las circunstancias por las cuales se ve impulsada a revisar si por causa de estas se lesionaron las garantías del acusado.

Tales aspectos son: *i)* la ausencia de razones que funden su imposición como lo exige el artículo 52, inciso segundo y 59 de la Ley 599 de 2000, y *(ii)* la inobservancia respecto de aquella

del régimen de cuartos ordenado en los artículos 60 y 61 del citado estatuto, mediante el cual justamente se hace efectiva la exigencia legal en el sentido de que toda “*sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena*”.

En cuanto al primer punto, constata la Corte la ausencia de lesión a la garantía de legalidad de la pena, por tratarse de un delito de porte ilegal de armas en el que la motivación de la sanción accesoria de ‘*privación del derecho a la tenencia y porte de arma*’ es ingénita a la declaración de responsabilidad en la comisión de la conducta punible, razón por la cual esa demostración constituye suficiente fundamento para privar del mencionado derecho al condenado, resultando innecesaria una motivación adicional. Así lo viene sosteniendo mayoritariamente la Sala a partir de la SP SP2336-2015, 11 mar. 2015, Rad. 4388. Recientemente reiterada en la CSJ SP9557-2017, 5 jul. 2017, rad. 48659:

«En ese orden de ideas, de acuerdo con el criterio jurisprudencial actualmente en vigor, una vez que en el fallo han sido expuestos los fundamentos acerca de la acreditación de las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de los referidos injustos, ellas son razón suficiente y per se justifican la imposición de “La privación del derecho a la tenencia y porte de arma” por los motivos que al efecto consagra el artículo 52 de la ley 599 de 2000, esto es, por su “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”.»

Muestra lo anterior, que en un delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, la pena accesoria de la privación de ese derecho, guarda relación directa con la conducta punible, siendo entonces necesaria y proporcional su deducción en tales casos, luego, no se requiere motivación adicional para establecerla.

Y aunque su imposición por el fallador es una facultad discrecional que depende del análisis de los presupuestos previstos por el artículo 52, inciso 1° del Código Penal, el proceso de dosificación se rige por el sistema de cuartos y la determinación de mínimos y máximos establecidos, para el caso concreto, en el inciso 6° del artículo 51 *ejusdem*.

La necesaria aplicación del artículo 61 sustantivo en la determinación de las penas accesorias, distintas a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, ha sido reiterada por la Corte en las decisiones SP2636-2015, mar. 11, rad. 44221, y muy recientemente en la SP9557-2017, jul. 5, rad. 48659 y SP11841-2017, 9 ago. 2017, rad. 49919. De esa manera, es evidente que en el caso bajo examen, al dosificar el monto de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, impuesto a JAIRO CORREA SUÁREZ, se incurrió en violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del precitado artículo 61. En consecuencia, corresponde casar la sentencia en ese aspecto puntual y sustituirla fijando la pena que legalmente corresponde.

Una forma distinta de proceder es ilegal, tal y como se manifestó en la SP9226-2014, jul. 16, rad. 43514, que abordó

un supuesto de hecho idéntico al ahora analizado, en los siguientes términos:

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 ley.

Es claro que de haber seguido el régimen de cuartos en la imposición de “*La privación del derecho a la tenencia y porte de arma*”, el juzgador de primer grado se habría percatado que existe un mínimo y un máximo para su aplicación, y que el ámbito de movilidad depende de los criterios tenidos en cuenta para fijar la pena de prisión.

Entonces, el desconocimiento directo de la ley repercute en la situación del procesado frente a la mayor o menor gravedad de la sanción que en últimas se le impuso, pero además afecta el principio de estricta legalidad en el proceso de dosificación de la pena.

En el presente asunto el juez *A quo* jamás especificó en virtud de la realización de cuál conducta punible procedía la sanción privativa del derecho a portar armas de fuego, sino que de manera general la impuso «*por un periodo igual al de la pena principal privativa de la libertad.*», que es de catorce (14) años, seis (6) meses. Tampoco realizó la individualización de la pena para la conducta contemplada en el artículo 365 del Código Penal, sino que indicó el mínimo y máximo. Seguidamente determinó imponer el mínimo del primer cuarto de punibilidad para el delito con sanción más grave, que es el de homicidio tentado (150 meses) y a este aumentar 24 meses por el concurso con el porte ilegal de armas de fuego de uso personal.

Con base en lo anterior, la Sala partirá del supuesto según el cual, si el juez de primer grado hubiera dosificado en forma debida las penas por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, solo habría podido fijarlas en la franja del primer cuarto mínimo, dado que la fiscalía no dedujo circunstancias de mayor o menor punibilidad.

Igualmente asumirá que la sanción accesoria consistente en “*La privación del derecho a la tenencia y porte de arma*”, en ausencia de la más mínima consideración al respecto, obedeció no a la conducta más grave (homicidio agravado tentado), sino que aquella procede por la declaración de responsabilidad frente al tipo penal del artículo 365 de la Ley 599 de 2000, dado que en tales casos su imposición deviene «*necesaria y proporcional*», como lo ha entendido la jurisprudencia mayoritaria².

² Cfr. CSJ SP2336-2015, 11 mar. 2015, Rad. 43881.

En conclusión, el reajuste en la dosificación de esta sanción accesoria deberá quedar encuadrado dentro del ámbito de movilidad correspondiente al cuarto mínimo o primer cuarto, y no en el cuarto máximo, como erradamente lo determinó el fallador.

Dado que el aumento por el concurso fue de 24 meses, cuyo rango no alcanza la pena mínima establecida para el delito previsto en el artículo 365 del Código Penal, la Sala impondrá el mínimo de este primer cuarto.

Así, la pena accesoria de “*privación del derecho a la tenencia y porte de arma*”, oscila entre uno (1) y quince (15) años, lapso que al ser dividido en cuartos, queda:

CUARTO MÍNIMO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
De 12 a 54 m	De 54 m y 1 d a 96 m	De 96 m y 1 día a 138 m	De 138 m y 1 día a 180 m

Atendiendo los extremos de la pena accesoria en cuestión, el fallador de primer grado se habría tenido que mover en el primer cuarto mínimo que oscila entre doce (12) y cincuenta y cuatro (54) meses, y en ausencia de cualquier otra consideración de ese ámbito habría tenido que seleccionar el límite inferior, como igual lo hizo para tabular el incremento por el concurso de porte ilegal de armas de fuego que es en relación con el cual, según la jurisprudencia, procede aquélla *per se*. Es decir que la

privación del respectivo derecho sólo habría sido posible por un lapso de doce (12) meses.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte casará de manera oficiosa y parcial la sentencia de segunda instancia, en el sentido de disminuir de ciento setenta y cuatro (174) a doce (12) meses la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego infligida a JAIRO CORREA SUÁREZ.

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

En mérito de lo expuesto, **la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

2. Como consecuencia de lo anterior, fijar la pena privativa del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego que se le impuso a JAIRO CORREA SUÁREZ, en doce (12) meses.

3. 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

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

(Salva voto)

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

